Die Pfandkehr nach R.St.G.B. und den neueren Strafgesetzentwürfen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der
Rechtswissenschaftlichen Abteilung einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

Vorgelegt
von

Eberhard Krämer

Gerichtsassessor

Tübingen

1932

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Referent: Prof. Dr. Schoetensack.

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Februar 1932.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Braut
Hilda Koppensteiner, Wien
zugeeignet.

Inhalts-Verzeichnis.

		Seite
§ 1	Geschichtliche Entwicklung.	1
§ 2	Das Wesen der Pfandkehr und deren Stellung im System.	5
§ 3	Objekt des Delikts: Die Sache.	9
§ 4	Die geschützten Rechte.	13
	1. Die Nutznießung.	14
	2. Das Pfandrecht.	19
	3. Das Zurückbehaltungsrecht.	31
	4. Das Gebrauchsrecht.	37
§ 5	Die Angriffshandlung.	39
§ 6	Der Erfolg	47
§ 7	Das Subjekt des Delikts.	50
§ 8	Der subjektive Tatbestand.	52
§ 9	Die Erscheinungsformen des Vergehens.	59
	1. Versuch.	59
	2. Teilnahme.	64
§ 10	Konkurrenzfälle.	66
§ 11	Strafantrag und Strafe.	73
Texte zur Rechtsvergleichung.		80
Literatur-Verzeichnis.		82

§ 1.

Geschichtliche Entwicklung.

Sowohl im römischen als im germanischen Recht findet sich das Delikt des § 289 StGB.

Im römischen Recht ist sie eine Unterart des furtum. Dies geht aus der Definition des Paulus[1]) hervor: „furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus possessionisve." Es ist behauptet worden, so von Marezoll[2]) und von Buchholtz[3]), das furtum possessionis stelle einen Fall der heutigen Unterschlagung dar. Aber nicht die Besitzanmaßung, sondern die Verletzung des Rechts, dem Besitz zu Grunde liegt[4]), macht das Wesen des furtum possessionis aus. Die von anderer Seite vorgenommene Einengung des Begriffs, nämlich furtum suae rei dem furtum possessionis gleichzusetzen[5]), ist verfehlt. Richtig ist daran, daß alle Fälle des furtum rei propriae unter das furtum possessionis fallen, aber darüber hinaus bedeutet furtum possessionis jede durch einen Dritten erfolgte Besitzanmaßung einer res, an welcher jemandem neben dem Eigentümer ein Recht zusteht[6]). Nicht bloß der Eigentümer, sondern auch der Nichteigentümer kommt nach römischem Recht als Täter des furtum possessionis in Betracht. Obwohl der Begriff des furtum possessionis nicht klar umrissen ist, so läßt ein Vergleich mit § 289 StGB. folgende Feststellung zu:

Das furtum possessionis des römischen Rechts ist umfassender als die Pfandkehr des § 289 StGB., eben weil nicht bloß der Eigentümer und der zugunsten des Eigentümers Handelnde, sondern jeder Dritte Täter sein kann, sofern er nur das auf dem Besitz beruhende Recht verletzt. Auch in anderer Richtung ist der Begriff des furtum possessionis weiter als der des § 289; der bloße Verkauf einer durch Vertrag verpfändeten, aber nicht übergebenen, sondern nur durch constitutum pos-

[1]) L 1 § 3 Dig. 47, 2.
[2]) Marezoll Arch. f. ziv. Prax. 8, 284 ff.
[3]) v. Buchholtz, Jr. Abh. S. 323 ff.
[4]) Dollmann S. 2.
[5]) Wächter, Weiskes Rechtslexikon III S. 354 ff.
[6]) Damerow, S. 33.

sessionis übertragenen Sache genügt[1]), um furtum possessionis anzunehmen, während von einer Wegnahme i. S. des § 289 hier nicht gesprochen werden kann.

Enger als der Tatbestand des § 289 ist der des furtum possessionis insofern, als das Gebrauchsrecht des Commodatars nicht Angriffsobjekt des furtum sein kann, wohl aber sein Retentionsrecht wegen der Verwendungen[2]).

Damit sind die Unterschiede nicht erschöpfend aufgezählt, in subjektiver wie objektiver Hinsicht weichen die beiden Tatbestände voneinander ab; es sei nur daran erinnert, daß die res des furtum possessionis im Gegensatz zu § 289 auch unbewegliche Sachen umfaßt. Auch kommt nach römischem Recht dem Versuch des furtum possessionis keine Bedeutung zu. Dies hängt mit seiner Eigenschaft als Privatdelikt zusammen. Damit ist ein weiterer Unterschied zum heutigen Recht berührt. Nach römischem Recht hat der Verletzte vor dem Zivilgericht zu klagen, seine Klage bewirkt Verurteilung zu einer Leistung, die eine über den Ersatz des Schadens hinausgehende Genugtuung enthält und damit den Charakter der Privatstrafe trägt. Sie ist eine Art Sühnegeld, wodurch die Rache abgelöst wird. Darin tritt noch die ältere privatrechtliche Auffassung des Strafrechts zutage, während sonst im römischen Recht bereits zu Beginn der geschichtlichen Kenntnis die öffentlichrechtliche Auffassung durchdrungen ist[3]). Neben die crimina publica und delicta privata tritt später eine Deliktsgruppe die crimina extraordinaria, bei der die Strafe nicht gesetzlich feststeht, sondern nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist.

Trotz aller dieser Differenzierungen des furtum possessionis gegenüber dem § 289 StGB. fällt jenes in seinen Grundgedanken mit diesem zusammen[4]). Lenz[5]) und Stein[6]) treten dieser Auffassung entschieden entgegen. Stein mit der Begründung, das Recht auf den Besitz müsse sonst gleichgültig sein. Die Auslegung des furtum possessionis ergibt aber, wie oben gezeigt, daß Recht und Tatsache beim furtum possessionis zusammentreffen müssen. Nicht allein das deutsche Recht, sondern deutsches und römisches Recht haben zur Gestaltung des § 289 StGB. beigetragen. Das deutsche Recht hat von Anfang an nur

[1]) Paulus fr. 20 pr. Dig. 47, 2, Paulus-Julianus fr. 67 (66) pr. Dig. 47, 2.
[2]) L. 60 Dig. de furtis.
[3]) Hippel I, S. 55/57 § 8 I, 1.
[4]) Binding Lb. I 318, Olshausen 2, S. 1214, Frank S. 512.
[5]) Lenz S. 19 ff.
[6]) G. S. Bd. 49, S. 380.

einen Diebstahl an fremden Sachen gekannt. In der deutschen Rechtsentwicklung erscheint das Delikt der Pfandkehr nicht wie im römischen Recht in enger Anlehnung an den Diebstahlsbegriff. Dies allein hat Lenz bestimmt, die Pfandkehr des geltenden Rechts, die nicht im 19. Abschn. des StGB. (Diebstahl und Unterschlagung), sondern im 25. Abschn. (strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse) aufgeführt ist, allein auf das germanische Recht zurückzuführen, wo Diebstahl und Pfandrechtsverletzung getrennt sind. Nach germanischer Auffassung bezeichnet Diebstahl i. e. S. die bewußt widerrechtlich heimliche Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in Aneignungsabsicht. Im weiteren Sinne werden auch andere Fälle der heimlichen Verletzung fremder Gewere als Diebstahl bezeichnet, so die Unterschlagung, die bloße Gebrauchsanmaßung ohne Aneignungsabsicht [1]). Diese Rechtsauffassung führt in eine Zeit zurück, wo die ursprünglich rein privatrechtliche Auffassung des Strafrechts noch nicht zurückgedrängt ist, wo das System der Sühne (Bemühung der Staatsgewalt um Einschränkung der Blutrache) im Mittelpunkt des Strafrechts steht. Dieses Strafrecht ist aber im Gegensatz zum früheren nicht mehr Gewohnheits-, sondern Gesetzesrecht. Grundlage des Rechts sind die in lateinischer Sprache abgefaßten Volksrechte. In dem ältesten Rechtsdenkmal der lex Salica ist ein der Pfandkehr ähnlicher Tatbestand aufgeführt [2]). Hat fremdes Vieh einem Grundstück Schaden zugefügt, so kann der Eigentümer des Grund und Bodens das Vieh in seine Hürde treiben. Es stellt dies eine Art Selbstpfändung dar. Während nach dem damaligen Rechtsgang Selbsthilfe die Regel gewesen ist, ist Selbsthilfe nach geltendem Recht nur noch nach bestimmten Landesrechten auf Grund des Art. 89 EG. BGB. möglich. Hier wie dort macht sich der Eigentümer des Viehes buß- oder straffällig, wenn er das so gepfändete Vieh dem Pfändenden wieder entzieht. Ebenso die lex Burgundionum. 500 Jahre später im 13. Jahrhundert erfolgt die Fortentwicklung des Strafrechts durch Partikularrecht, Rechtsbücher, Stadt- und Landesrechte entstehen. Voran der Sachsenspiegel und der Schwabenspiegel. Diese führen einen Tatbestand an, der dem Widerstand gegen die Staatsgewalt nach heutigem Recht entsprechen würde, also nicht hierher gehört. Dagegen handeln die Stadt- und Landrechte von der hier ein-

[1]) His S. 153.

[2]) Lex. Sal. cap. IX, § 8. Lenz S. 21.

schlägigen Pfandkehr, z. B. wenn der Mieter die Wegschaffung der pfändbaren Sache trotz Widerstands des Vermieters, der noch eine Zinsforderung an den Mieter hat, bewirkt[1]). In der Constitutio Criminalis Carolina, wo römische und deutsche Rechtsgedanken nach Rezeption des römischen Rechts miteinander vermengt sind, ist die Pfandkehr nicht unter Strafe gestellt[2]). Für das gemeine Recht ist bestritten, ob Pfandkehr Strafe nach sich gezogen hat[3]).

In den neueren Strafgesetzbüchern ist das Delikt der Pfandkehr verschieden behandelt worden. Gemäß § 1110 Teil II Tit. 20 des A.Pr.L.R. wird es als Diebstahl bestraft, wenn jemand seine eigene Sache einem anderen, dem auf deren Besitz, Genuß oder Verwahrung ein Recht zukommt, in der Absicht, mit dem Schaden desselben sich Vorteil zu verschaffen, entwendet. Ebenso Sachsen (Art. 274), Baden (§ 463), Braunschweig (§ 238) erblicken in dieser Handlung nur Betrug, während Bayern 1813 (Art. 211, 420), Hannover (Art. 281), Oldenburg 1814 (Art. 216, 449) sie als Selbsthilfe, Betrug und Gewalttätigkeit qualifizieren. Das bayrische StGB. 1861 hat in Art. 330 die heute geltenden §§ 137 und 289 StGB. miteinander verbunden und folgende Angriffshandlungen genannt: Beschädigen, Vernichten, Verbrauchen, Beseitigen. Oberbegriff ist das Entziehen der Sache aus der Verfügung des Berechtigten. Nutz- und Pfandberechtigte sind diesem Strafschutz unterstellt, auf die Sache im allgemeinen ohne Unterschied, ob sie beweglich oder unbeweglich ist, ist hier abgestellt. Abs. 2 fügt noch hinzu: Wer eine der im Abs. 1 bezeichneten Handlungen durch einen Dritten vornehmen läßt, unterliegt dieser Strafe, In dieser Bestimmung sind schon die Linien der an § 289 StGB. anschließenden Entwicklung vorgezeichnet. § 289 selbst hat als unmittelbares Vorbild den § 271 PrStGB. gehabt, während aber § 289 den zugunsten des Eigentümers Handelnden die Tätereigenschaft zumißt und außer dem Nutznießer, Pfandgläubiger und Zurückbehaltungsberechtigten noch den Gebrauchsberechtigten aufführt, fehlen diese beiden Momente noch in § 271 PrStGB.

§ 289 lautet folgendermaßen: Wer seine eigene bewegliche Sache, oder eine fremde bewegliche Sache zugunsten des Eigentümers derselben, dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder dem-

[1]) Lenz S. 44.
[2]) Lenz S. 65.
[3]) Köstlin S. 359 ff., § 26, 2.

jenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 900 Mk. bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Die Bestimmungen des § 247 Abs. 2 und 3 finden auch hier Anwendung.

§ 2.

Das Wesen der Pfandkehr und deren Stellung im System.

Die systematische Stellung eines Delikts, der Zusammenhang mit anderen Delikten, die Bezeichnung des Rechtsgutes, das geschützt werden soll, der Zweck der Gesetzesvorschrift sind ebenso sehr Auslegungsmittel wie die Entstehungsgeschichte des einzelnen Delikts. Gerade hier bei § 289 StGB., wo Wortlaut und Entstehungsgeschichte vielfach dabei im Stiche lassen, ist die Erkenntnis des Zwecks und des Zusammenhangs der Vorschrift ein besonders wertvolles Mittel, den Sinn des Gesetzes zu erschließen und die richtige Entscheidung im Einzelfalle zu treffen. Darüber hinaus hat die Lösung der Frage, welches Rechtsgut beim einzelnen Deliktstatbestand geschützt werden soll, Bedeutung dafür, wie eine veraltete, das Wesen des Delikts nicht treffende Fassung des Gesetzes abgeändert werden soll.

Das Wesen der Pfandkehr besteht nun in der Rechtsvereitelung, nicht in der Besitzanmaßung. Die Einreihung unter die Deliktstatbestände des 25. Abschn. ist für die Auslegung und Abgrenzung an sich bedeutungslos, aber die völlige Loslösung vom Diebstahlsvergehen hat die obige Erkenntnis gefördert. Nicht die Wegnahme der beweglichen Sache (dieselben Worte sind auch in § 242 gebraucht), sondern die Entziehung dieser Sache durch den Eigentümer gegenüber einem der in § 289 genannten Berechtigten ist das Wesentliche. Aber nicht Rechtsvereitelung schlechthin, sondern die durch die genannten Begehungsmittel eingeschränkte Vereitelung des Rechts macht das Wesen des § 289 StGB. aus. Damit ist der Weg für die Aus-

legung der Worte „Wegnahme der Sache" gewiesen. Das räumliche Verhältnis des Berechtigten zur Sache ist bei den einzelnen Rechten des § 289 StGB. verschieden geartet, bald ist dieses Verhältnis enger, bald loser. Die Wegnahme des § 242 StGB. erfordert ein engeres Verhältnis des Eigentümers oder Gewahrsamsinhabers zur Sache als die des § 289 StGB. Dort ist dafür eine tatsächliche Herrschaftsgewalt vorausgesetzt, hier genügt ein loseres Verhältnis. Auf dem Eingriff in die Rechte, nicht auf der Wegnahme der Sache wie beim Diebstahl liegt der Nachdruck und als Wegnahme der Sache i. S. des § 289 ist es auch dann anzusehen, wenn nur das räumliche Verhältnis aufgehoben wird, das gerade dieses Recht zu seiner Existenz erfordert. Hier sind zwar gewisse Einschränkungen geboten, die unten näher bezeichnet werden (S. 39 ff.).

Man hat das Wesentliche der Pfandkehr darin erblickt, daß gerade der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber dessen Recht vereitle. Diese Auffassung kann zu falschen Ergebnissen führen, namentlich da, wo ein Dritter unmittelbarer Besitzer der Sache ist, während der Berechtigte nur den mittelbaren Besitz hat. Diese Fälle sind durch § 289 zwar nicht getroffen, weil der Wortlaut darauf hinweist, daß gerade dem Berechtigten die Sache durch den Eigentümer weggenommen sein müsse. Aber die Erweiterung des Täterkreises auf den zugunsten des Eigentümers Handelnden deutet an, daß dies nicht stets der Fall sei. Es ist daher nicht am Platze, aus der oben genannten Wesensbezeichnung bei Reform des § 289 StGB. ungerechtfertigte Schranken zu setzen. Nicht stets ist Pfandkehr daher Vertragsbruch, wenn gleich zumeist Vertragsbruch gegeben sein wird. Durch die Gegenüberstellung mit den anderen unter Strafe gestellten Nichterfüllungen von Verträgen, wie Bruch des Heuervertrags (§ 298 StGB.), ferner die Nichterfüllung eines mit einer Behörde abgeschlossenen Vertrags in Zeiten des Kriegs und der Not (§ 329 StGB.), ist nichts gewonnen. So verschiedenartig die Nichterfüllung eines Vertrags sein kann, so verschieden sind auch diese Tatbestände ausgestaltet.

Dem Gläubigerschutz dienen die Vorschriften der §§ 239 bis 244 KO., sowie die Vorschrift des § 288 StGB., hier handelt es sich um die Zwangsvollstreckungsvereitelung, dort um die Konkursvergehen. Der Zusammenhang mit § 289 wird darin gefunden, daß in beiden Vorschriften strafrechtlicher Schutz für Forderungsrechte gewährt wird. § 289 schützt aber unmittelbar subjektive Rechte, während durch § 288 dem Schuldner Entäuße-

rung von Vermögensstücken verboten wird, damit der Gläubiger wegen seines Forderungsrechtes der Befriedigungsmöglichkeit nicht beraubt werde.

Früher ist die Meinung dahin gegangen, Inhalt des Strafrechts sei der Schutz gegen Verletzung subjektiver Rechte. Damals ist der Begriff subjektives Recht sehr weit gefaßt worden, heute ist dieser Begriff auf das richtige Maß zurückgeführt, und es ist jetzt herrschende Meinung, daß durch das Strafgesetz nicht nur subjektive Rechte, sondern auch rechtlich geschützte Interessen betroffen werden. Jedenfalls sind in höherem Maße als bei einer anderen Strafvorschrift bei § 289 StGB. privatrechtliche Bestimmungen maßgebend. Da wo nur rechtlich geschützte Interessen in Frage stehen, treten diese Rechte in den Hintergrund. Aber hier spielen diese Privatrechte eine ausschlaggebende Rolle. Die Entwürfe haben insoweit eine Wandlung geschaffen. Es sind nämlich die Hypothekenschulden, Grundrechte, Rentenschulden und Reallasten als Rechte auf Befriedigung aus der Sache in den Tatbestand aufgenommen worden. Die berechtigte Erweiterung des Tatbestandes durch Einreihung des Zerstörens als Begehungsmittel neben der Wegnahme hat dies mit sich gebracht. Die privatrechtlichen Bestimmungen, die diese Grundpfandrechte betreffen, sind weitläufig und kompliziert; damit bringt auch die Auslegung der Entwürfe erhebliche Schwierigkeiten mit sich. Dies soll aber die Reform des Tatbestandes in dieser Richtung nicht hindern. Die Bedürfnisse des Lebens sind bei der Aufstellung von Strafsanktionen entscheidend. Es entspricht einer gesunden Fortentwicklung des Delikts, wenn Zerstörung unbeweglicher Sachen als Mittel der Rechtsvereitelung genannt wird. Dies steht dem Wesen des Delikts durchaus nicht entgegen, im Gegenteil auch hier offenbart sich in drastischer Weise, daß nicht das Begehungsmittel, sondern eben die Rechtsvereitelung bei diesem Delikt die Hauptsache bildet. Dagegen besteht kein Grund Rechtsvereitelung überhaupt ohne Beschränkung auf bestimmte Begehungsmittel mit Strafe zu bedrohen. Dies käme einer Strafbedrohung des Vertragsbruchs überhaupt beinahe gleich. Die genannten Rechte haben vielfach nicht bloß körperliche Sachen zum Gegenstande, sondern auch Rechte. Die Strafdrohung darauf auszudehnen, besteht kein Anlaß, dies würde eine ungerechtfertigte Ausdehnung der Strafe auf Gebiete in sich schließen, wo privatrechtlicher Schutz ausreichend ist. Die Entwürfe haben mit den genannten Einschränkungen im Gegensatz zum geltenden Recht, wo mit der Weg-

nahme die Tat vollendet ist, auf die Rechtsvereitelung als Vollendung abgestellt. Welche Folgen dies nach sich zieht, wird unten besprochen. Hier muß die Bemerkung genügen, daß damit nicht bloß das Wesen des Delikts treffend bezeichnet worden ist, sondern auch die Gesetzesanwendung beeinflußt wird.

Aus der Ueberschrift des 25. Abschn. des StGB. „strafbarer Eigennutz" sind keine rechtlichen Folgerungen zu ziehen. Das Moment des Eigennutzes spielt zwar bei den meisten in diesem Abschnitt aufgeführten Handlungen eine Rolle, ist aber nicht zu einem Tatbestandsmerkmal erhoben. Der Schluß, daß etwa gewinnsüchtige Absicht jeweils bei den einzelnen fraglichen Delikten erforderlich sei, ist nicht gerechtfertigt. Die verschiedenartigsten Delikte, die einen nur losen Zusammenhang miteinander bilden, sind in diesem Abschnitt vereinigt. So Verletzung bestimmter Schuldverhältnisse §§ 288, 298. Gefährdung vermögensrechtlicher Interessen §§ 284—286, 297, 301—302 e und schließlich rechtswidriges Handeln an bestimmten Sachen §§ 289—296 a StGB. Das Gemeinsame aller dieser Bestimmungen ist, daß sie sich gegen das Vermögen als solches richten. Aber das Vermögen ist Angriffsobjekt auch anderer nicht in diesem Abschnitt genannten Delikte. Die von den Entwürfen vorgenommenen Eingliederungen in das System des besonderen Teils des StGB. weichen sowohl vom geltenden Recht als auch untereinander ab. So haben eingestellt:

Der Vorentwurf 1909 (VE.) den § 294 in dem 27. Abschn. unter Sach- und Vermögensbeschädigungen.

Der Gegenentwurf 1911 (GE.) den § 307 in dem 22. Abschn. unter Angriffe gegen das Eigentum.

Der Kommissionsentwurf (KE.) den § 376 in dem 26. Abschn. unter Vermögensbeschädigung und Vermögensgefährdung.

Der Entwurf 1919 (E. 19) den § 386 im 33. Abschnitt unter Rechtsvereitlung.

Der Entwurf 1925 (E. 25) den § 320 im 31. Abschn. unter Rechtsvereitelung.

Der Entwurf 1927, der Strafrechtsausschuß und die deutsch-österreichischen Strafrechtskonferenz, den § 354 im 31. Abschn. unter Rechtsvereitelung.

Der Abs. 2 des § 254 E. 1927, der die Zwangsvollstrekkungsvereitelung aufführt, ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung.

§ 3.

Objekt des Delikts: Die Sache.

Die Rechtsverletzung des § 289 geschieht durch Wegnahme der Sache. Der Sachbegriff ist in § 90 BGB. erläutert. Dort heißt es: Sachen i. S. des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. Strafrecht und Zivilrecht bilden eine Einheit. Die Rechtsbegriffe, die das Strafrecht aus dem Zivilrecht entlehnt, sind im allgemeinen ebenso abzugrenzen, wie sie durch das Zivilrecht ihre Begrenzung finden. Diese Regel besteht nicht ausnahmslos. Gerade der Sachbegriff hat im Strafrecht gegenüber dem Zivilrecht eine selbständige Behandlung erfahren, der besondere Zweck des Strafrechts gebietet eine andere Auslegung, seine besonderen Rechtsfolgen zwingen zu anderer Abgrenzung [1]). Schon der Wortlaut des § 90 BGB. weist darauf hin, daß die gegebene Legaldefinition sich auf das bürgerliche Gesetzbuch beschränke „Wenn beide Rechtsgebiete Zivil- und Strafrecht sich des gemeinsamen, oft dem gewöhnlichen Leben entnommenen Ausdrucks bedienen, so folgt daraus noch nicht, daß die daran geknüpften der einen Rechtsordnung eigentümlichen Rechtsfolgen auch für die andere Rechtsordnung maßgebend sein müssen." [2]) Das Strafrecht hat im Gegensatz zum bürgerlichen Recht keine gesetzliche Definition der Sache gegeben. Während die Entwürfe — zuerst E. 19— für die ständig im Gesetz wiederkehrenden Begriffe eine gesetzliche Erläuterung im allgemeinen Teil vorangestellt haben, ist bei dem Wort Sache davon abgesehen worden. Es ist daher ebenso wie in den Entwürfen bei jeder einzelnen Bestimmung, wo der Sachbegriff eine Rolle spielt, zu prüfen, was darunter zu verstehen ist, auch im geltenden Recht ist eine solche Prüfung vorzunehmen. Es ist anerkannten Rechtens, daß z. B. in § 266 StGB. (Untreue) das Wort Sache nicht bloß körperliche Gegenstände, sondern auch abweichend vom gewöhnlichen Sprachgebrauch des StGB. Vermögensgegenstände jeglicher Art auch Forderungen darunter begreift [3]). Während die herrschende Meinung früher den § 137 StGB. (Verstrickungsbruch) erweiternd ausgelegt und den dort gebrauchten Ausdruck Sachen auch auf Forderungsrechte bezogen hat, ist es jetzt gemeine Meinung, daß er nur auf körperliche Sachen abstelle [4]).

[1]) S. dazu Erik Wolf, Reichsgerichts-Festschrift Bd. V.
[2]) Lobe S. 15.
[3]) Olshausen § 266 Nr. 3, S. 1440. RGSt. 12, 185; 38, 190.
[4]) Binding, Lehrb. 2, 609, 613. Früher: RGSt. 12, 184, jetzt RGSt. 24. 40.

Sowohl Wissenschaft als Rechtsprechung haben bei § 289 StGB. nie in Zweifel gezogen, daß hier Sachen nur die körperlichen Gegenstände der Außenwelt umfassen. Es scheiden also in erster Linie aus: Forderungen, Rechte und Immaterialgüter. Forderungen, Rechte, können nicht weggenommen werden. Schon diese einfache Ueberlegung führt zu dieser Einschränkung. Eine Wegnahme von Urkunden als Träger von Rechten, bei denen die Ausübung des darin verkörperten Rechts von dem Besitz der Urkunde abhängig ist, wie z. B. bei Wechseln und Inhaberpapieren, ist dagegen sehr wohl möglich. Das weitere Erfordernis, daß darin nur eines der in § 289 StGB. genannten Rechte begründet werden kann, führt u. U. zu weiteren Einschränkungen. Diese sind aber nicht sehr einschneidend und § 289 erfährt wieder eine gewisse Ausdehnung, da er alle die Tatbestände zusammenfaßt, in denen sich das Pfandrecht oder andere der fraglichen Rechte auf die Urkunden erstreckt, die Träger der Rechte oder lediglich Beweismittel sind [1]).

Pfandrecht und Nießbrauch können auch an Rechten begründet werden. Diese Rechte an Rechten sind dem Strafschutz des § 289 nicht unterworfen. Anders würde die Sachlage sich gestalten, wenn wie in § 288 StGB., der dem § 289 unmittelbar vorangeht, von Vermögensbestandteilen die Rede wäre. Während § 137 StGB. allgemein alle körperlichen Gegenstände, ob beweglich oder unbeweglich, in sich aufnimmt, sind in § 289 nur bewegliche Sachen als des Strafschutzes würdig aufgeführt. Der Unterschied zum Zivilrecht wird nun gerade bei Auslegung des Begriffes b e w e g l i c h e Sache offenbar. Der natürliche Sprachgebrauch stellt dazu im Gegensatz die unbewegliche Sache. Unter gewissen Voraussetzungen wird nach bürgerlichem Recht eine bewegliche Sache zur unbeweglichen (unbeweglich wird hier nicht in juristisch technischem Sinne gebraucht, das BGB. spricht nur einmal in § 1551 von unbeweglichem Vermögen). So ist dies z. B. bei den mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen der Fall. Sie können gemäß § 93 BGB. nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Wirtschaftliche Gesichtspunkte spielen bei dieser Regelung eine Rolle, eine wirtschaftliche Einheit soll nicht zerrissen werden. Dieser wesentliche Bestandteil teilt das Schicksal der Hauptsache, mit dem er für den Vermögensverkehr auf diese Weise untrennbar verbunden ist. Für den Delinquenten sind wirtschaftliche Erwägungen nebensächlich. Sein Sinn ist im Gegenteil darauf gerichtet, wirt-

[1]) Ißmer, S. 5.

schaftliche Werte zu zerstören, auch begründet er durch seine Handlung keine besonderen Rechte, er macht nur die Ausübung des Rechts an der Sache zeitweilig oder dauernd unmöglich. Sein Verhalten ist um so strafwürdiger, als er u. U. auch die Hauptsache beschädigt oder zerstört. Dieser Gesichtspunkt spielt dann bei Abhandlung über Einheit und Mehrheit der Vergehen eine Rolle. Hier soll nur unter Beweis gestellt werden, warum der Strafgesetzgeber auch die Sachen als beweglich ansieht, die erst durch Trennung von einer „unbeweglichen" Sache beweglich werden. Wesentliche Bestandteile einer beweglichen Sache sind in um so höherem Maße beweglich i. S. der Gesetzesstelle. In beiden Fällen gilt der Grundsatz, daß beweglich ist, was durch Trennung von einer anderen Sache beweglich gemacht werden kann. Die Erläuterung dieser Grenzfälle zeigt, daß für den Begriff bewegliche Sache der natürliche Sprachgebrauch maßgebend ist. Beweglich ist eine Sache, die von einem Ort an den andern fortbewegt werden kann. Die privatrechtlichen Unterscheidungen zwischen verbrauchbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren, zwischen Sachgesamtheiten und Sachen, die nicht mit anderen Sachen zu einer solchen Gesamtheit verbunden sind, haben im Privatrecht Bedeutung bei den verschiedenartigen Rechtsgestaltungen der Privatpersonen untereinander. Auch sonstige Sachen sind zu einer Einheit rechtlich zusammengefaßt und besonderen eigenartigen Rechtsfolgen unterworfen worden wie z. B. Nutzungen, Früchte, Inventar. Diese Unterscheidungen haben für den § 289 StGB. nur insoweit Sinn und Wert, als die eigenartige Rechtsfolge des Privatrechts bei den einzelnen in § 289 StGB. genannten Rechten unter gewissen Voraussetzungen Eigentumswechsel daran herbeiführt. So wenn der Nießbraucher gemäß § 1067 BGB. Eigentümer einer verbrauchbaren Sache wird. Dann stehen sich wie § 289 StGB. erfordert, nicht mehr Nießbraucher und Eigentümer gegenüber, vielmehr ist aus dem beschränkten Recht an der Sache ein unbeschränktes Recht geworden und die Möglichkeit der Verletzung des beschränkten Rechts ist weggefallen. Auch in anderer Richtung sind diese privatrechtlichen Unterscheidungen für § 289 StGB. von Bedeutung: es können die genannten Rechte nach Gesetzesvorschrift nur an bestimmt gearteten Sachen begründet werden. So der Nießbrauch nur an solchen Sachen, aus denen Nutzungen gewonnen werden können, und die Pacht als Nutzungsrecht nur an solchen Sachen und Rechten, die eine Fruchtziehung ermöglichen.

Der VE. 1909 hat, obwohl er verschiedene grundlegende Abweichungen gegenüber dem geltenden Recht aufweist, in Uebereinstimmung mit diesem nur die Wegnahme der beweglichen Sache für strafwürdig erachtet. Lehmann[1]) hat diese Beschränkung auf bewegliche Sachen mit Recht getadelt. Schon im G.E. 1911 ist als Begehungsmittel neben der Wegnahme die Zerstörung in den Tatbestand der Rechtsvereitelung einbezogen worden. Damit sind auch die Schranken gefallen, die seither aus der Beschränkung des Tatbestandes auf die Wegnahme sich ergeben haben. Unbewegliche Sachen können nicht weggenommen, aber zerstört werden. Gerade gegen Zerstörung unbeweglicher Sachen durch den Eigentümer gegenüber dem Berechtigten hat sich ein besonderes Strafbedürfnis herausgestellt. Bei der Beratung des KE. hat der Antragsteller, der die Erstreckung des Schutzes auf unbewegliche Sachen vorgeschlagen hat, die Hauptgesichtspunkte dafür angeführt[2]), die zugleich die Begründung für die Erweiterung der Begehungsmittel der Rechtsvereitelung auf die Zerstörung der Sache enthalten. Darauf wird unter näher eingegangen werden. Die Denkschrift 1919 bemerkt dazu kurz, es bestehe kein Anlaß mehr, die Rechte an Grundstücken außer Acht zu lassen, nachdem das Zerstören einbezogen worden sei. Der Hypothekengläubiger verdiene dem Eigentümer gegenüber, der die Ausübung des Hypothekenrechts durch Verwüstung des Grundstücks vereitle, in demselben Maße Schutz wie der Vermieter gegenüber dem Mieter, der die eingebrachte Sache zerstöre. Der Schutz der unbeweglichen Sachen erfaßt nur Grundstücke, nicht die anderen Sachen, die gemäß BGB. als unbeweglich anzusehen sind[3]). Sämtliche späteren Entwürfe haben an der Ausdehnung auf unbewegliche Sachen festgehalten.

Sämtliche Entwürfe seit GE. 1911 sind wieder dazu zurückgekehrt, nur den Eigentümer und den Dritten, der zugunsten des Eigentümers handelt, zu bestrafen. Der VE. kennt den Unterschied zwischen eigener und fremder Sache nicht und zwar deshalb, weil danach jeder, nicht bloß der Eigentümer und der zu seinen Gunsten handelnde Täter sein kann.

---

[1]) Lehmann Sachbeschädigung, S. 55/56, Schmoller, vergl. Darst. Bes. Teil Bd. VI.

[2]) K. E. Protokolle, 1. Lesung, Sitzung 175. 207.

[3]) RGZ. 59, 20.

Nur an eigener Sache kann der Eigentümer das Delikt des § 289 begehen. Der Richter ist bei Aburteilung einer Pfandkehr gehalten, den Eigentümer der Sache festzustellen, während diese Feststellung sich für ihn im Falle des § 242 StGB. erübrigt. Hier ist es unmaßgeblich, in wessen Eigentum die Sache steht, wesentlich ist hier nur, daß überhaupt die Sache jemandem, gleichgültig wem, zu eigen gehört.

Kein anderer als der Eigentümer kann in § 289 Täter sein und der Nichteigentümer ist nur Täter, wenn er zugunsten eines bestimmten Eigentümers handelt. Der mit Einwilligung des Eigentümers Handelnde ist seit KE. 1913 ebenfalls strafbar, auch in diesem Falle kann von einer Feststellung des Eigentümers nicht abgesehen werden. Für den Nichteigentümer als Täter ist die Sache freilich eine fremde, aber seine psychische Einstellung zu dem Eigentümer bei Ausführung der Tat (Handeln zugunsten des Eigentümers); die ausdrücklich erteilte Einwilligung des Eigentümers dazu macht ihn strafbar und die oben genannte Feststellung ist auch insoweit unabwendbar. Die Frage des Eigentums ist nach BGB. zu lösen, soweit nicht nach Art. 55 EGBGB. Landesrecht noch in Kraft ist.

§ 4.

Die geschützten Rechte.

Allgemeines.

§ 289 schützt nicht den Besitz als solchen, sondern den Besitz, der auf einem Rechte zum Besitz beruht[1]). Nur die bestimmten Rechte Nutznießung, Pfandrecht, Gebrauchs- und Zurückbehaltungsrecht unterstehen dem Strafschutz des § 289 StGB. Das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht dient zur Sicherung anderer Rechte. Ihr Bestehen hängt davon ab, ob der Anspruch, dessen Sicherung bezweckt ist, begründet ist. Bei den Grundpfandrechten spielt dieser Gesichtspunkt nur bei der Sicherungshypothek (§ 1184 BGB.) eine größere Rolle. Da die Entwürfe die rechtswidrigen gegen unbewegliche Sachen gerichteten Angriffe des Eigentümers mit Strafe bedrohen, so sind auch diese Rechte in den Kreis der Betrachtung zu ziehen. Der Rechtsbestand sämtlicher in § 289 StGB. aufgeführten Rechte darf nicht gefährdet sein. Nichtigkeit gemäß den §§ 116—118,

[1]) RGSt. 3, 277, R. 9, 730.

125, 134, 138 BGB. bewirkt Straflosigkeit[1]). Anders verhält es sich, wenn das Rechtsgeschäft, zu dessen Sicherung der Besitz eingeräumt worden ist, oder das die Nutznießung oder das Gebrauchsrecht begründet, anfechtbar ist. Strafbarkeit tritt hier ein, soweit auch der subjektive Tatbestand festgestellt werden kann.

Der Richter, der einen den § 289 StGB. betreffenden Fall zu entscheiden hat, hat in weitgehendem Maße das bürgerliche Recht und andere privatrechtliche Bestimmungen bei der Beurteilung heranzuziehen. Auch sonst ist er gehalten, mit Hilfe des Privatrechts seine Entscheidung zu treffen. So hat er z. B. beim Diebstahl oder bei der Unterschlagung sich die Frage vorzulegen, ob Eigentum an der gestohlenen Sache bestehe oder wer Eigentümer der unterschlagenen Sache sei. In weit höherem Maße noch sind privatrechtliche Bestimmungen bei der Pfandkehr maßgeblich. Jeder einzelne Straffall rollt Fragen auf, die nur anhand des BGB. oder HGB. zu lösen sind. Auf all diese privatrechtlichen Fragen einzugehen überschreitet das dieser Arbeit gesteckte Ziel. Begründung, Uebergang und Erlöschen der fraglichen Rechte sind in solch mannigfacher Weise denkbar, daß allein die Behandlung dieser Fragen, welche die Strafbarkeit aus § 289 StGB. beeinflussen, für eine besondere Arbeit sich eignet. Nur so weit dies notwendig erscheint, wird im folgenden darauf eingegangen. Das Zurückbehaltungsrecht ist nur obligatorischer Natur und es besteht kein Anlaß zu der Annahme, daß die anderen Rechte, soweit sie als dingliche und obligatorische begründet werden können, in diesem weiteren Umfange dem Strafschutz des § 289 StGB. nicht unterstellt seien.

1. Die Nutznießung.

Die Nutznießung des § 289 umfaßt auch den Nießbrauch. Es kommen also folgende im BGB. genannten Fälle des Nießbrauchs und der Nutznießung in Betracht: nämlich die Nutznießung des Ehemanns am eingebrachten Gut der Frau, § 1383 BGB., die des Vaters am Vermögen des Kindes, § 1649, 1652, 1685, 1686 BGB., ferner der eigentliche Nießbrauch §§ 1030 ff BGB., die Pacht §§ 581 ff. BGB.

a) die elterliche Nutznießung.

Gemäß § 1649 BGB. stehen dem Vater kraft der elterlichen Gewalt die Nutznießung am Vermögen des Kindes zu. Der Vater

[1]) RGSt. 25, 154.

erwirbt die Nutzungen dieses Vermögens wie ein Nießbraucher (§ 1652 BGB.). Das Kind bleibt Eigentümer des Vermögens, als Täter des § 289 StGB. kann also nur das Kind in Frage kommen. Da die elterliche Gewalt, auf Grund deren die Nutznießung dem Vater gewährt ist, sich nur auf Minderjährige erstreckt, so würde das Kind bei Strafunmündigkeit entweder garnicht dem Strafrichter zugeführt werden, oder es müßte bei ihm, sofern es das 18. Lebensjahr noch nicht überschritten hat, das sog. discernement festgestellt werden, § 3 JGG. Aber diese Fälle werden überhaupt nicht praktisch werden, da der Vater gegen sein Kind keinen Strafantrag stellen wird. Der Fall der Straflosigkeit des § 289 Abs. 5 StGB. in Verbindung mit § 247 Abs. 2, 3 StGB. liegt nicht vor, da diese Straflosigkeit nur bei Begehung des Delikts durch Verwandte aufsteigender gegen Verwandte absteigender Linie eintritt. Der Fall des § 1619 BGB. zieht Straflosigkeit nach sich. Wenn ein dem elterlichen Hauststand angehörendes volljähriges Kind ganz oder teilweise sein Vermögen der Verwaltung des Vaters überläßt, so hat dies zur Folge, daß der Vater mit gewissen Ausnahmen die Einkünfte, die er während seiner Verwaltung bezieht, nach freiem Ermessen verwenden kann. Diese Bestimmung enthält unzweideutig die Zuerteilung eines Nutznießungsrechts an den Vater. Ebenso wie der freie Wille des Kindes dieses Recht des Vaters begründet, kann diese Maßnahme dadurch auch wieder rückgängig gemacht werden und die Wegnahme der zur Erzielung der Einkünfte dienenden Gegenstände bedeutet nichts anderes als eine solche Rückgängigmachung. Eine Bestrafung des Kindes aus § 289 StGB. bei dieser Sachlage kann daher nicht erfolgen.

b) die ehemännliche Nutznießung.

Der Praktiker wird sich mit diesen Fällen selten oder gar nicht zu beschäftigen haben. Die Ehefrau als Eigentümerin des der Nutznießung des Mannes unterliegenden eingebrachten Gutes käme als Täterin in Frage. Gemäß § 289 Abs. 5 StGB. in Verbindung mit § 247 Abs. 2 StGB. ist die Ehefrau straflos. Welche Regelung die verschiedenen Entwürfe insofern getroffen haben, wird unten im Kapitel über Strafantrag erörtert. Ebenso wird auch dort die Frage der Strafbarkeit der Teilnehmer an dieser Tat der Ehefrau nach geltendem Recht berührt werden.

c) Der Nießbrauch.

Der Nießbrauch wird begründet durch Vertrag oder Ersitzung §§ 1030, 1033 BGB. Er kommt auch auf erbrechtlichem Wege zustande §§ 2147, 2194 BGB. Er ist das dingliche Recht, einen Gegenstand in der Gesamtheit seiner Beziehungen zu nutzen. Der Nießbrauch an Rechten scheidet ebenso für die Anwendbarkeit des § 289 StGB. aus wie der Nießbrauch an Grundstücken mit der oben erwähnten Ausnahme, daß aus der dem Nießbrauch unterliegenden unbeweglichen Sache eine bewegliche Sache geschaffen wird. In diesem Falle könnte aber u. U. gemäß § 954 BGB. Eigentumserwerb stattfinden, insofern wäre das Anwendungsgebiet des § 289 StGB. wieder eingeschränkt. Zubehörstücke eines Grundstücks fallen als bewegliche Sachen unter § 289 StGB. Verbrauchbare Sachen treten in das Eigentum des Nießbrauchers, an diesen kann daher nur noch Diebstahl begangen werden. Ebenso verhält es sich mit den Uebermaßfrüchten gemäß § 1039 BGB. Wenn ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs ist, so hängt von der Lösung der Frage des Eigentums daran die Anwendbarkeit des § 289 StGB. ab. § 1048 BGB. Ebenso bei einem Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen § 1035 BGB. Wie das Inventar eines Grundstücks stellt ein Inbegriff von Sachen eine wirtschaftliche Einheit dar. Wenn von den Parteien hier uneigentlicher Nießbrauch gewollt ist (z. B. bei einem Warenlager § 92 Abs. 2 BGB.), dann gilt § 1067 BGB. und ein Eigentumswechsel findet statt, andernfalls hat es bei der seitherigen Rechtslage sein Bewenden. Nießbrauch an einem Vermögen als Ganzem kann nicht bestellt werden, er muß an den einzelnen Gegenständen begründet werden. Insofern ist auch hier § 289 StGB. anwendbar.

d) Pacht.

Während das Wesentliche bei der Miete einer Sache der Gebrauchszweck ist, ist das Entscheidende bei der Pacht der Nutzungszweck. Der § 581 BGB. hebt als Pflicht des Verpächters hervor, den Gebrauch des verpachteten Gegenstands und den Genuß der Früchte, soweit sie nicht im Uebermaß gezogen sind, dem Pächter zu gewähren. Die letztgenannte Pflicht ist die Hauptpflicht und bildet das unterscheidende Kriterium gegenüber der Miete. Die Pacht erstreckt sich auf Gegenstände jeder Art, auf körperliche wie auf unkörperliche, ebenso auf alle

Arten von Rechten, zudem auf Naturkräfte. Nur der geringere Teil dieser Sachen kommt für § 289 StGB. in Betracht, die übrigen sind wenigstens, soweit § 289 StGB. und nicht die Entwürfe in Frage stehen, ohne Belang. Wenn der Verpächter dem Pächter Früchte entzieht, so sind die Voraussetzungen der Pfandkehr nicht ohne weiteres gegeben. Im Gegensatz zum § 1039 StGB. (Nießbrauch) erwirbt der Pächter nicht Eigentum an den Uebermaßfrüchten. Dem Verpächter bleibt insoweit das Eigentum daran, eine Verletzung der Rechte des Pächters ist ausgeschlossen, da eben solche nicht bestehen. Nur eine rechtswidrige Entziehung der Früchte, die der Pächter zu ziehen berechtigt ist, nämlich der Früchte des § 99 BGB. kann die Strafe des § 289 StGB. herbeiführen. Die Strafandrohung richtet sich gegen den Eigentümer, der die Rechte des Nutzungsberechtigten verletzt. Ist der Pächter selbst Eigentümer geworden, entfällt seine Anwendbarkeit. Der Pächter erwirbt die genannten Früchte des § 99 BGB., soweit sie nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, zu Eigentum gemäß § 956, 957 BGB. mit der Trennung, wenn er im Besitz des Pachtobjekts ist. Die Strafbestimmung des § 289 StGB. erfaßt also nicht diesen Fall. Anders bei den hängenden Früchten. Deren Wegnahme durch den Verpächter bildet einen strafbaren Uebergriff in den Rechtsbereich des Pächters i. S. des § 289 StGB.

Die Rollen werden vertauscht, wenn der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks, ohne den Pachtzins bezahlt zu haben, dieses mit seiner ganzen Habe verläßt. Damit vereitelt er die Ausübung des dem Verpächter gemäß § 585 BGB. zustehenden gesetzlichen Pfandrechts. Dieses Pfandrecht umfaßt im Gegensatz zum Vermieterpfandrecht auch die Früchte des Grundstücks und die nach § 811 Nr. 4 ZPO. der Pfändung nicht unterworfenen Sachen. Dort beim Vermieterpfandrecht sind es nur die eingebrachten Sachen des Mieters, hier darüber hinaus auch die Früchte des Grundstücks, obwohl sie nicht eingebracht sind. Die Früchte sind bewegliche Sachen i. S. des § 289 StGB., es ist daher unerheblich, daß es sich hier um die Regelung des Pfandrechts des Verpächters eines Grundstücks handelt. Nur die dem Pächter eigentümlich gehörenden Früchte unterliegen diesem Pfandrecht, es entsteht also erst mit deren Trennung. An den getrennten Früchten kann, wie oben hervorgehoben, der Verpächter keiner Pfandkehr sich schuldig

machen. Dagegen umgekehrt der Pächter, der durch Fortnahme dieser Früchte das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters illusorisch macht.

Die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, die zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden, sind gemäß § 811 Ziff. 4 ZPO. nicht der Pfändung unterworfen. Dem Pächter eines Landguts ist gemäß § 593 BGB. die Pflicht auferlegt, von den bei Beendigung der Pacht vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen soviel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich sind. Ein gesetzliches Pfandrecht des Verpächters daran ist nicht statuiert. Es handelt sich um obligatorische Verpflichtungen, deren Verletzung keine Strafe nach sich zieht.

Um zum Ausgangspunkt zurückzukehren: Der Verpächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks hat ein gesetzliches Pfandrecht an den getrennten Früchten, gleichviel ob sie von der Pfändung gemäß § 811 Ziff. 4 ZPO. ausgenommen sind. Die noch nicht getrennten periodisch zu erntenden Früchte sind nach § 810 ZPO. pfändbar. Vor der Pfändung dieser Früchte auf dem Halm ist der Verpächter noch Eigentümer daran und hat auch kein gegenwärtiges Pfandrecht, sondern nur eine Anwartschaft darauf[1]). Die Früchte sind nicht bewegliche Sachen, sie sind in § 810 ZPO. nur für die Zwangsvollstreckung als Teil des beweglichen Vermögens behandelt. Es wird also Besitzergreifen gemäß § 808 ZPO. an ihnen zugelassen. Im Augenblick der Trennung wird der Pächter Eigentümer und der Verpächter erwirbt das Pfandrecht daran. Durch die Pfändung der Früchte auf dem Halm entsteht kein Pfändungspfandrecht i. S. des § 804 ZPO., wohl aber im Augenblick der Trennung. Trotzdem ist für eine rechtswidrige Trennung und Wegnahme dieser gepfändeten Früchte auf dem Halm nicht § 289 StGB. maßgebend, sondern § 137 StGB. als lex specialis. Die Frage, ob durch die Veräußerung dieser Früchte im Zwangswege v o r der Trennung und Wegnahme das Eigentum auf den Ersteher übergegangen ist, kann bei der strafrechtlichen Beurteilung dahingestellt bleiben, da in diesem Fall weder § 289 StGB. aus dem erwähnten Grund, noch § 137 StGB. wegen Ausscheidens aus der Verstrickung (§ 813 ZPO.) zum Zuge kommen. Die Veräußerung dieser Früchte im Zwangswege n a c h der Trennung läßt das

[1]) Stein-Jonas § 810 ZPO. II.

Pfändungspfandrecht daran entstehen. § 137 StGB. gewinnt dann wieder Bedeutung bei etwaiger Beseitigung der Früchte durch den Pächter, gleichgültig ob auch das Verpächterpfandrecht verletzt ist.

Das Pfandrecht des Verpächters umfaßt auch das zum Wirtschaftsbetrieb erforderliche Gerät. § 811 Ziff. 4 ZPO. kommt dem Pächter nicht zugute. Wenn der Pächter trotz rückständigen Pachtzinses damit abzieht, verletzt er das Pfandrecht des Verpächters. Es könnte der Pächter aber geltend machen, daß ihm ein Pfandrecht daran gemäß § 590 BGB. wegen seiner Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitgebrachte Inventar beziehen, oder ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB. zustehe. Stellt sich bei diesem Widerstreit der Rechte heraus, daß dem Pächter ein derartiges Recht objektiv nicht zukomme, so wird dem Pächter die erforderliche rechtswidrige Absicht des § 289 StGB. nicht nachgewiesen werden können.

Bei der Pacht befinden sich die fruchttragenden Sachen — gewöhnlich Grundstücke — im Besitze des Pächters. Die Gefahr der ganzen oder teilweisen Zerstörung des Grundstücks ist nicht in dem Maße begründet wie bei der Hypothek. Hier ist der Eigentümer und Hypothekenschuldner im Besitze des Grundstücks und hat die Möglichkeit, die Ausübung der Rechte des Hypothekengläubigers durch Zerstörung des Grundstücks ganz oder teilweise zu vereiteln. Im Falle der Beschlagnahme des Grundstücks entsteht kein Grundpfandrecht. Der Eigentümer, der nach der Beschlagnahme des Grundstücks dieses selbst oder die Gegenstände, welche die Beschlagnahme umfaßt (§ 20 Abs. 2 ZVG.) in rechtswidriger Absicht zerstört oder wegnimmt, entgeht der Bestrafung wegen Rechtsvereitelung schon aus dem Grunde, weil die Strafbestimmung des Verstrikkungsbruchs als lex specialis vorgeht und Geltung hat, gleichgültig ob ein Pfändungspfandrecht entstanden ist oder nicht.

2. Das Pfandrecht.

a) Das vertragliche Pfandrecht.

Die Gerichte haben zumeist über die Verletzung des gesetzlichen Pfandrechts und unter diesen über die des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters zu entscheiden. Bei ihm bereiten die zu lösenden Rechtsfragen größere Schwierigkeiten als beim Vertragspfandrecht. Hier ist der Pfandgläubiger im Besitz der Sache, sie kann ihm weggenommen werden, dort fehlt dieser

Besitz bei demjenigen, dem das gesetzliche Pfandrecht zusteht. Während die Offenkundigkeit des Pfandrechts an Mobilien durch den Besitz der Sache verbürgt ist, tritt beim Pfandrecht an Immobilien die Eintragung in das Grundbuch an dessen Stelle. Recht und Tatsache sind die Grundpfeiler in § 289 StGB. Wer sie zum Wanken bringt, verstößt gegen die Strafvorschrift. Gewahrsamsbruch, Gewahrsamsbegründung und Rechtsvereitelung begründen die Strafbarkeit bei den Rechten, die Besitz zur Voraussetzung haben. Was anstelle des Gewahrsamsbruchs bei den Grundpfandrechten zu treten hat, damit eine Rechtsvereitelung zustande komme, mag bei Besprechung der Entwürfe genannt werden.

Beim Vertragspfandrecht an Mobilien ist die rechtliche Konstruktion einfach. Gemäß § 1205 Abs. 1 BGB. hängt dessen Entstehung von dem Besitzerwerb des Pfandgläubigers ab. Eine gewisse Vergeistigung der Sachherrschaft des Pfandgläubigers ist durch § 1205 Abs. 2, 1206 BGB. ermöglicht. Uebertragung des mittelbaren Besitzes und Anzeige der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer genügt zur Begründung des Pfandrechts. (§ 1205 Abs. 2 BGB.). Das Pfandrecht entsteht, selbst wenn Verpfänder und Eigentümer der Pfandsache nicht identisch sind. Die Vorschriften §§ 1207 BGB. in Verbindung mit §§ 932, 935, 936 Abs. 3 BGB., ferner § 366 HGB. geben darüber näheren Aufschluß. Nur bewegliche Sachen können Gegenstand dieses Pfandrechts sein. Für das Strafrecht reicht Beweglichkeit im natürlichen Sinne aus, wie oben schon ausgeführt. Hier beim Pfandrecht spielt für den Sachbegriff das zivilrechtliche Moment insofern eine Rolle, als das Pfandrecht nicht an solchen Sachen entstehen kann, an denen gemäß ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes ein Pfandrecht nicht bestellt werden kann. Pfandrechte an Rechten werden durch § 289 StGB. nicht geschützt. Beim Wechsel oder bei einem anderen durch Indossament übertragbaren Papier folgt das Recht dem Besitz am Papier. Der Besitz des Papiers ist für Entstehung und Untergang des darin verkörperten Rechts ausschlaggebend. Auch das Pfandrecht an diesen Papieren erfordert Besitzübergang auf den Pfandgläubiger des darin verkörperten Rechts. Die Bestrafung der Entziehung dieses Besitzes schließt den Schutz des Pfandrechtes am Rechte in sich.

Bei Wechsel des Eigentums an der Sache, wenn das Eigentum daran auf den Pfandgläubiger übergeht, ist die Anwendbar-

keit des § 289 StGB. ausgeschlossen. Wie der Nießbraucher an der verbrauchbaren Sache Eigentumsrechte erlangt, so erwirbt gemäß § 2 Bankdepotgesetz derjenige, der gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, unter gewissen Voraussetzungen das Eigentum an den hinterlegten oder verpfändeten Aktien, Kuxen, Interimsscheinen usw.

Die Erzeugnisse der Pfandsache, (z. B. Tierjunge, Wild) verbleiben dem Eigentümer der Hauptsache, mit ihrer Trennung werden sie vom Pfandrecht nach § 1212 BGB. umfaßt, gleichviel ob sie in das Eigentum des Verpfänders mit der Trennung fallen oder nicht[1]).

Die Entwürfe verlangen keine derart körperliche Verbindung zwischen Pfandsache und Pfandberechtigten, um zur Annahme einer Rechtsvereitelung zu gelangen. Anders § 289 StGB. Gerade dem Berechtigten muß die Pfandsache weggenommen werden. Schon der Uebergabeersatz durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger gemäß § 1205, Abs. 2 BGB. läßt das so hergestellte Pfandrecht strafrechtlich ungeschützt. Um so mehr noch, wenn das Pfand der Vorschrift des § 1217 BGB. entsprechend hinterlegt ist, oder an einen Verwahrer gemäß § 1231 BGB. ausgehändigt wird. Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch einen Dritten auf Grund des § 1249 BGB. bewirkt Uebergang der Pfandforderung und damit Uebergang des Pfandrechts, § 1205 BGB. Gewöhnlich wird dieser neue Pfandgläubiger nicht im Besitze der Pfandsache sein. § 1251 BGB. sieht auch vor, daß er von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen könne. Pfandrecht und Pfandbesitz fallen in allen diesen Fällen auseinander. § 289 StGB. trifft nicht zu. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Wesen der Rechtsvereitelung; die von den Entwürfen insoweit getroffene Neuerung bedeutet daher einen Fortschritt.

Ebenso daß die Grundpfandrechte in den Kreis der geschützten Rechte hineinfallen. Die Entwürfe gebrauchen dafür die Worte Recht auf Befriedigung an der Sache. Die Protokolle der 2. Lesung des E. 1913 führen als Grund dafür folgendes an[2]): Das BGB. verwende das Wort Pfandrecht nur für das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Daher sei es zweifelhaft, ob die Einbeziehung der Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sichergestellt sei. Die Wendung Recht auf Befrie-

[1]) Staudinger, § 1212 1 b.
[2]) Entwurf 1913, Protokolle, 2. Ls. 220. Sitzung, S. 3, 4.

digung an der Sache würden diesen Zweifel beseitigen. Auch die Reallasten §§ 1105 BGB. sind dadurch getroffen, wenn sie auch nicht in erster Linie ein Recht auf Befriedigung an der Sache gewähren. Diese Erweiterung des Tatbestandes ist sogar zweckmäßig, denn gerade bei Streitigkeiten mit Altenteilsberechtigten erfolgt nicht selten eine Rechtsvereitelung durch Wegnahme oder Zerstörung der dienenden Sachen.

Rechtsvereitelung liegt schon dann vor, wenn die Möglichkeit der Ausübung der Rechte vereitelt wird (s. unten S. 49). Ebenso wie das Pfandrecht an beweglichen Sachen vor Eintritt der Verkaufsberechtigung (§ 1228 BGB.) i. S. des § 289 StGB. illusorisch gemacht werden kann, ebenso wenig ist es bei der Hypothek erforderlich, daß nach Fälligkeit der Forderung ein vollstreckbarer Titel erlangt ist, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung betrieben wird (§§ 1147, 1149 BGB.) Gerade in dem Zeitpunkt, wo die gerichtliche Geltendmachung unmittelbar bevorsteht, ist der Eigentümer des Grundstücks zu Zerstörungsakten geneigt. Die Hypothek ist ein Sicherungsrecht, Gültigkeit der Forderung ist daher Voraussetzung. Auf Entstehungs- und Erlöschungsgründe näher einzugehen, würde zu weit führen.

Der Pfandschuldner befindet sich im Besitze des Grundstücks, ebenso aber auch des dazu gehörigen Zubehörs, der Erzeugnisse und der Bestandteile des Grundstücks. Sie sind Zerstörungshandlungen mehr ausgesetzt als das Grundstück selbst. Diese mit dem Grundstück mehr oder weniger lose zusammenhängenden Sachen sind ebenso wie das Grundstück selbst der Hypothek unterworfen. Sie unterliegen dieser Hypothekenhaftung aber nicht dauernd. Der Hypothekenschuldner soll an der Verfügung darüber nicht behindert sein. Da die Zubehörstücke und die anderen mithaftenden Sachen beweglich sind, kommt außer ihrer Zerstörung auch ihre Wegnahme in Betracht. Für den Geltungsbereich des § 289 StGB. ist zweifelsohne eine solche Wegnahme ausgeschlossen. Dies hat der 4. Strafsenat des RG. in einer Entscheidung vom 13. 2. 1894 [1]) ausführlich begründet. Dort ist dargelegt, daß zwar beim gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters für diesen die tatsächliche Möglichkeit geschaffen sei, sich jederzeit in den Besitz der eingebrachten Sachen des Mieters zu setzen, das Verhältnis des Hypothekengläubigers zu den beweglichen Zubehörstücken des verpfändeten Grund-

[1]) RGSt. 25, 116.

stücks aber anders geartet sei. Weder ein Gewahrsams- noch ein besitzähnliches Verhältnis liege insoweit vor. Es sei zwar die rechtliche Möglichkeit gegeben, im Wege der Zwangsvollstreckung aus den fraglichen Vermögensstücken Befriedigung zu suchen, aber von einem tatsächlichen Herrschaftsverhältnis des Hypothekengläubigers daran könne keine Rede sein. Nach den Entwürfen wird der mittelbare Besitz, soweit er den aufgeführten Rechten zugrundeliegt, geschützt, während dies bei § 289 StGB. nicht der Fall ist. Dies hat auch zur Folge, daß die Entwürfe die Fortschaffung der Zubehörteile von dem hypothezierten Grundstück durch den Eigentümer als Rechtsvereitelung auffassen. Wenn das Grundstück selbst geschützt wird, dann muß in noch höherem Maße dieser Schutz die damit eine wirtschaftliche Einheit bildenden Zubehörstücke treffen. Die Beurteilung des Einzelfalles bietet Schwierigkeiten. In dem der Aburteilung des RG. zugrunde liegenden Fall zwar weniger, weil hier der Angeklagte das ganze Wirtschaftsinventar veräußert und dessen Fortschaffung von dem Grundstücke bewirkt hat. Anders aber wenn einzelne Zubehörstücke weggeschafft werden. Die Fortschaffung des Zubehörs ist ebenso wenig verboten wie das Entfernen der eingebrachten Sachen des Mieters vom Mietsgrundstück § 560 BGB. Wenn beim Vermieterpfandrecht das RG. richtigerweise darauf abstellt, ob diese Sache gegen den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Willen des Vermieters dem Vermieterpfandrecht entzogen worden sind, so ist dieser Gesichtspunkt auch hier entscheidend. Die U m s t ä n d e ergeben diesen entgegenstehenden Willen des Hypothekengläubigers z. B., wenn das ganze Wirtschaftsinventar vom Schuldner veräußert und entfernt wird. Wenn der Umfang der weggeschafften Zubehörstücke geringer ist, dann wird ein ausdrücklicher Wille des Hypothekengläubigers schwerer festzustellen sein, die unmittelbar bevorstehende Zwangsvollstreckung bietet auch hier einen Anhaltspunkt dafür. Der aus den Umständen zu entnehmende Wille des Hypothekengläubigers ist ein objektives Merkmal des Tatbestandes, die a u s d r ü c k l i c h e E r k l ä r u n g des Hypothekengläubigers gegenüber dem Schuldner, von einer Fortschaffung der Zubehörstücke Abstand zu nehmen, enthält zugleich ein Indiz für das Vorliegen der subjektiven Erfordernisse: der Schuldner kann nicht mehr einwenden, er habe seine Verfügungsberechtigung angenommen. Die Sachlage ist hier zwar etwas anders gestaltet als beim Vermieterpfandrecht. Dort kann der Vermieter, weil er in einem

sog. besitzähnlichen Verhältnis zu den eingebrachten Sachen des Mieters steht, gegen die heimliche Fortschaffung durch Wort und Tat Widerstand leisten. Hier aber, wo der Hypothekengläubiger in einer entfernteren Beziehung zu den Zubehörstücken steht, ist ein solcher Widerstand weniger wahrscheinlich. Auch die zivilrechtlichen Vorschriften über das Erlöschen des Vermieterpfandrechts und die Enthaftung der Zubehörstücke deuten dies an. Dort gemäß § 560 BGB. Erlöschen des Pfandrechts mit der Entfernung der eingebrachten Sache vom Mietsgrundstück, es sei denn, daß die Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt. Hier ist dem letztgenannten Umstand keine Bedeutung beigelegt, die Haftbefreiung hängt davon ab, ob die Veräußerung und Entfernung der Zubehörstücke vor oder nach ihrer Beschlagnahme erfolgt. Haftbefreiung und Entstehung des staatlichen Strafanspruchs sind in ihren Voraussetzungen wesentlich voneinander verschieden. Haftbefreiung tritt gemäß § 1121 BGB. ein, wenn Veräußerung und Entfernung der Beschlagnahme vorausgehen; Bestrafung kann aber in diesem Falle trotzdem eintreten, eben wenn der Wille des Hypothekengläubigers einer solcher Entfernung entgegensteht. Wenn der in der Veräußerung und Entfernung der Bestandteile liegende Eingriff, der nach § 1121 BGB. das dingliche Recht des Hypothekengläubigers zum Erlöschen bringt, schuldhaft und rechtswidrig ist, dann kann dieser von dem Schädiger sowohl Schadenersatz verlangen, als auch bei der Strafverfolgungsbehörde Strafantrag stellen und Bestrafung herbeiführen. Rechtswidrig ist ein solcher Eingriff, wenn durch die Entfernung der Bestandteile der wirtschaftliche Bestand des Grundstücks ganz oder teilweise zerstört wird, wenn also die Entfernung den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung zuwiderläuft. Dieser Umstand verbunden mit dem dem Schuldner bekannt gewordenen oder von ihm vorauszusetzenden Verbotswillen des Hypothekengläubigers ist für die Straffrage ausschlaggebend. Damit soll nicht gesagt sein, daß die dingliche Seite überhaupt unwesentlich sei. Der Tatbestand der Rechtsvereitelung ist nicht erfüllt, wenn die Bestandteile den §§ 954—957 BGB. zufolge in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers gelangt sind, weil die Hypothek sich nur auf die dem Eigentümer gehörigen Bestandteile erstreckt. Objektiv erfordert die Rechtsvereitelung ebenso sehr die Entstehung des Pfandrechts wie dessen Nichterlöschen. Die Tatsachen, die das Erlöschen herbeiführen, fallen vielfach mit den Vorgängen,

welche die Strafbarkeit zur Folge haben, zusammen. In dem Augenblick, wo die Entfernung der Bestandteile erfolgt, besteht die Pfandhaftung noch. Wenn die Entfernung bereits vollendet war, ist die Haftung des § 1120 BGB. in der Regel erloschen und damit entfällt auch die Strafbarkeit. Trotz Entfernung bleiben die Bestandteile noch im Hypothekenverband, wenn sie nach der Beschlagnahme des Grundstücks vorgenommen wird (§§ 1121, 1122 BGB.). Unter Beschlagnahme i. S. der §§ 1121, 1122 BGB. ist nicht bloß die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks, sondern jede Zwangsvollstreckung einschl. Arrest und einstweilige Verfügung, die sich auf die mithaftenden Gegenstände erstreckt, zu verstehen[1]). Zubehör kann nicht im Wege der Mobiliarvollstreckung gepfändet werden, auch nicht durch die Hypothekengläubiger (§ 865 Abs. 2 S. 1 ZPO.); der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Grundstück und Zubehör soll aufrecht erhalten bleiben. Was das Zubehör betrifft, so kann der Beschlagnahme i. S. der §§ 1121, 1122 BGB. nicht der obige weitere Sinn beigelegt werden. Dies trifft auch für die getrennten Früchte zu, soweit sie Zubehör sind (§ 98 Nr. 2 BGB. verglichen mit § 21 ZVG.). Soweit sie nicht Zubehör sind, ergreift gemäß § 21 Abs. 1 ZVG. die Beschlagnahme die getrennten Früchte (land- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse) nicht. Das schließt aber nicht aus, daß im Wege der Zwangsverwaltung oder durch besondere Mobiliarpfändung der Realgläubiger die Fortdauer ihrer Haftung praktisch wird. Nimmt sie der Eigentümer nach der Beschlagnahme des Grundstücks oder nach der Pfändung weg, so erfüllt diese nicht den Tatbestand der Rechtsvereitelung, sondern den des Verstrickungsbruchs.

Die Sicherungshypothek §§ 1184 ff. ist im Gegensatz zur Verkehrshypothek streng accessorisch. Das dingliche Recht bestimmt sich ausschließlich nach der Forderung. Auch für sie gelten die Vorschriften der §§ 1120 ff. BGB. Die Erteilung des Hypothekenbriefs ist ausgeschlossen, sie ist nicht für den Verkehr bestimmt. Anders bei der Verkehrspypothek (§ 1116 BGB.). Hier ist als Regel aufgestellt, daß über die Hypothek ein Hypothekenbrief erteilt wird. Die Bedeutung des Hypothekenbriefs reicht über die eines bloßen Beweismittels hinaus, er ist Repräsentant des Grundbuchs. Seine Funktionen sind denen eines

[1]) Staudinger § 1121, I, 1 a.

Wertpapiers ähnlich, ohne die eigentliche Grundlage des Hypothekenrechts zu sein. Diese bleibt doch die Eintragung im Grundbuch. Das Eigentum am Briefe folgt dem Rechte des Gläubigers und dem Rechte des Drittberechtigten i. S. des § 852 BGB. Wenn der Brief abhanden gekommen ist, so erwächst als Ausfluß des Eigentumsrechts am Briefe der Anspruch auf Herausgabe, die dem Briefeigentümer gegen jeden unrechtmäßigen Besitzer zusteht. Dieses Vindikationsrecht ist aber zugunsten des dritten redlichen Erwerbers durch die §§ 892, 1155 BGB. durchbrochen. Der Satz „Hand wahre Hand" gilt hier nicht, weil die Uebertragung des Briefs sich nicht nach den Vorschriften der Uebertragung beweglicher Sachen bemißt. Auch andere Rechte können dem Vindikationsanspruche entgegenstehen, z. B. ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht. Rechte, die nicht gleichzeitig an der Hypothek zur Entstehung gelangen, können auch an dem Hypothekenbrief nicht begründet werden, denn der Hypothekenbrief teilt das rechtliche Schicksal der Hypothek. Er kann daher nicht losgelöst von der Hypothekenforderung selbständig Gegenstand eines dinglichen Rechts sein, es ist insbesondere kein Pfandrecht an dem Hypothekenbrief ohne Verpfändung der Hypothekenforderung zulässig. Ebenso wenig ein dingliches Zurückbehaltungsrecht. Dagegen kann ein schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht an ihm eingeräumt werden. Denn dadurch, daß der Inhaber einer Hypothek einem anderen den Hypothekenbrief mit der Verpflichtung hingibt, den Brief nicht eher zurückzuverlangen, als bis eine bestimmte Voraussetzung erfüllt sei, gewährt dem Empfänger nicht ein auch Dritten gegenüber wirkendes Recht am Hypothekenbrief, als an einer selbständigen Sache, sondern schließt nur das ihm als Eigentümer des Briefs an sich zustehende Recht auf Herausgabe für seine Person zeitweise oder bedingt aus[1]). Für die Verpfändung einer Hypothek sind die §§ 1274 in Verbindung mit §§ 1205, 1206, 1154 Abs. 2 BGB. maßgebend. Weil dazu die Uebergabe des Hypothekenbriefs an den Pfandgläubiger erforderlich ist, so kann die Wegnahme des Hypothekenbriefs durch den Eigentümer des Grundstücks nach dessen Uebergabe den Tatbestand der Rechtsvereitelung erfüllen.

Das Wesen der Eigentümerhypothek schließt es aus, daß insoweit das Recht auf Befriedigung an der Sache vereitelt werde. Täter und Verletzter sind hier identisch. Aber Zerstö-

[1]) RGZ. 51, 83; 66, 24; 68, 386. Staudinger § 1116, 5a, b.

rung des Grundstücks und Wegnahme vom Grundstücksbestandteil kann u. U. die Rechte etwaiger anderer Gläubiger, für die das Grundstück hypothekarisch verhaftet ist, beeinträchtigen. Für Grund- und Rentenschulden gilt nichts besonderes. Die Gültigkeit einer etwa neben ihnen bestehenden persönlichen Forderung des Grundschuldgläubigers ist anders als bei der Hypothek nicht Voraussetzung für die Existenz der Hypothek.

b) Die gesetzlichen Pfandrechte.

Das gesetzliche Vermieterpfandrecht §§ 559 ff. BGB. spielt in der Praxis die Hauptrolle. Die einschlägigen Rechtsfragen sind schon oben berührt worden. Es steht dem Vermieter eines Grundstücks wegen seiner Forderungen an dem eingebrachten dem Mieter gehörigen Sachen zu. Die Sachen dritter Personen, auch die von Familienangehörigen fallen nicht darunter. Anders verhält es sich bei Eheleuten, die in dem Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft, in Errungenschaft und Fahrnisgemeinschaft leben (§§ 1437 ff., 1519 ff., 1549 ff. BGB.). Hier erstreckt sich dieses Pfandrecht auch auf die zum Gesamtgut gehörigen im Eigentum der Frau befindlichen Sachen, sobald sie eingebracht sind. Die Verfügungsbeschränkung der Ehefrau ist dabei für die Entstehung des Pfandrechts ohne Bedeutung[1]) Das Pfandrecht des Vermieters erstreckt sich auch auf diejenigen Sachen, die erst während des Mietverhältnisses in das Eigentum des Mieters gelangen, von dem Augenblick der räumlichen Einbringung an. Ebenso auf die eingebrachten fremden Sachen, die Eigentum des Mieters werden. § 929 S. 2 BGB. ist analog anwendbar. Es besteht nicht für die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen, nämlich nicht für die in § 811 ZPO. aufgeführten Sachen. Wohl aber für solche Sachen, deren Pfändung nach § 803 Abs. 2 ZPO. zu unterbleiben hat[2]) und auf die, die nach § 812 ZPO. nicht gepfändet werden sollen[3]). Daß die von dem Mieter fortgeschafften Sachen zu der sog. Kompetenz (§ 811 ZPO.) gehören, bedarf der ausdrücklichen Feststellung im richterlichen Urteil.

Folgende gesetzliche Pfandrechte sind im BGB. aufgeführt:

1. aus der Hinterlegung § 233 BGB. Es scheidet für die Betrachtung des § 289 StGB. aus, nicht aber für die Entwürfe, weil danach auch der mittelbare Besitz geschützt ist.

[1]) RGSt. 35, 202, 402.
[2]) Goltdammers Arch. 48, 127, E. 38, 172.
[3]) Goltdammers Arch. 52, 390.

2. des Verpächters §§ 581, 585,
3. des Pächters § 590,
4. des Unternehmers § 647,
5. des Gastwirts § 704.

Aus dem HGB. sind von Bedeutung folgende gesetzliche Pfandrechte:

1. des Komissionärs § 397,
2. des Spediteurs §§ 410, 411,
3. des Lagerhalters § 421,
4. des Frachtführers § 440 ff.,
5. im Seehandel §§ 623, 674, 725, 731, 751, 755 ff., 771, 777
6. Art. 12 und 20 EGHGB.[1]).

Die gesetzlichen Pfandrechte des HGB. sind zum überwiegenden Teil Besitzpfandrechte. Diese Besitzgebundenheit der handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte hängt damit zusammen, daß diese Pfandrechte aus Retentionsrechten erwachsen sind. Die handelsrechtlichen Besitzpfandrechte sind das Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers, Verfrachters am Kommissions-, Speditions-, Lager- und Frachtgut. Gesetzliche Pfandrechte o h n e Besitz sind die Schiffsgläubigerrechte HGB. §§ 754 ff. Binnenschiffahrtsgesetz §§ 102 ff. Verwandt damit sind die Pfandrechte der Berge- und Hilfslohngläubiger sowie der durch Floß Geschädigten (§§ 22, 23, 28, 29 Flöß.G.), ferner das Pfandrecht, das der Personenverfrachter wegen des Ueberfahrtsgeldes an den von Reisenden an Bord gebrachten Sachen (§ 674 HGB., verglichen mit B.Sch.G. § 77 Abs. 2).

c) Pfändungspfandrechte.

Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, auch der Pfändungspfandgläubiger (§ 804 ZPO.) genieße den Schutz des § 289 StGB. mit der Begründung, es sei gleichgültig, auf welchem Rechtstitel das Recht auf Befriedigung sich stütze, ob auf Vertrag, Gesetz oder Staatsakt. Wenn ein Pfändungspfandrecht entstehe, dann konkurriere bei dessen Verletzung § 289 StGB. ideell mit § 137 StGB. Aber gerade weil hier gegen die staat-

[1]) Staudinger § 1257 I, Ehrenbergs Handb. Bd. 4, S. 66 ff.

lichen Maßnahmen in erster Linie der Angriff sich richtet und eine besondere Strafvorschrift gegen derartige deliktische Handlungen besteht, so geht § 137 StGB. als lex specialis dem § 289 StGB. vor [1]). Der Tatbestand des Verstrickungsbruchs deckt sich in den Entwürfen im wesentlichen mit dem des geltenden Rechts [2]). Daher ändert sich an dieser Beurteilung, wenn man die Entwürfe zugrunde legt, nichts. Wenn eine gepfändete mit dem Pfändungspfandrecht des § 804 ZPO. ausgestattete bewegliche Sache oder eine unbewegliche Sache zerstört worden ist, so ist seither nach geltendem Recht überhaupt keine Konkurrenzfrage im Gegensatz zu den Entwürfen entstanden, eben weil der Tatbestand des § 289 StGB. enger gefaßt ist als in den Entwürfen. Diese haben sowohl das weitere Begehungsmittel der Zerstörung in sich aufgenommen, als auch den Strafschutz auf unbewegliche Sachen ausgedehnt. Nur durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an der gepfändeten Sache, nicht dagegen durch die Beschlagnahme eines Grundstückes. §§ 10, 11 ZVG. regeln die Rangordnung der aus dem Grundstück zu befriedigenden Gläubiger. Wenn für die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen dem Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht gewährt wird, so soll ihm dadurch der Vorsprung vor anderen Gläubigern, das Absonderungsrecht im Konkurs und in der Zwischenzeit von der Pfändung bis zur Befriedigung eine Sicherung für seine Forderung verschafft werden [3]). Dies wäre nicht nötig gewesen, wie § 11 Abs. 2 ZVG. in Verbindung mit § 47 KO. zeigt, um das durch die Pfändung entstehende Recht in die schon an ihrem Gegenstand bestehenden einzuordnen, und um es mit den für das Pfandrecht in den damaligen Partikularrechten entwickelten Rechtssätzen auszustatten [4]). Die Beschlagnahme eines Grundstücks läßt also ein Pfändungspfandrecht nicht entstehen. Es wäre nun eigenartig, wenn nach dem zum Gesetz erhobenen Entwurf 1927 die Wegnahme der Bestandteile des Grundstücks durch den Eigentümer, soweit sie im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch den Hypothekengläubiger gepfändet werden können und gepfändet worden sind, in diesem Falle als Rechtsvereitelung und als Verstrickungsbruch, während die Wegnahme dieser Bestandteile, soweit sie durch die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen

[1]) Binding 1, 318, Harburger S. 324, Olshausen 4, a, Ebermayer 4 und 11.
[2]) Z. B. E. 1927 § 161.
[3]) Stein-Jonas § 804, I ZPO.
[4]) „ „ a. a. O.

von der Beschlagnahme erfaßt sind, nur als Verstrickungsbruch zu behandeln wäre.

d) Privatpfändung.

Wenn die nach Art. 89 EGBGB. zugelassene Privatpfändung durch § 289 StGB. erfaßt wird, so rührt dies daher, daß bei dieser Pfändung kein Staatsakt in Frage steht und dann auch, weil u. U. eines der in § 289 StGB. aufgeführten Rechte entsteht, deren Verletzung durch die Wegnahme der gepfändeten Sache erfolgt. Mit Ausnahme einer Entscheidung des RG. [1]), welche die Anwendbarkeit des § 289 StGB. für bedenklich hält, ist in einer anderen Entscheidung [2]) die Anwendung des § 289 StGB. unbedenklich bejaht. Die Entscheidungen betreffen verschiedene Landesrechte, nämlich Mecklenburgisches und Braunschweigisches Landesrecht. Dieses Privatpfändungsrecht ist eine Art der Selbsthilfe durch Wegnahme der Sache, die aber regelmäßig deren Voraussetzungen nicht erfordert und den Berechtigten ein Pfandrecht sowie ein schnell liquidierbares Befriedigungsmittel gewährt [3]). Die Ausführungsgesetze enthalten in der Regel keine Bestimmungen über das hier dem Landesrecht vorbehaltene Privatpfändungsrecht. Es bleibt also in den betr. Ländern bei Aufrechterhaltung der einschlägigen Vorschriften des gemeinen Rechts bezw. allgemeinen Landesrechts und der einzelnen Spezialgesetze [4]). Soweit die landesgesetzlichen Vorschriften sich nicht wie das sächsische Recht u. a. zugleich auf Feld- und Waldgrundstücke beziehen, sind die Normen über letztere aus den in den einzelnen Staaten erlassenen Feld- und Forstpolizeiordnungen zu entnehmen [5]). In Württemberg ist die Privatpfändung auf Grund ihrer gemeinrechtlichen Gestaltung in Anwendung. Da die gemeinrechtlichen Voraussetzungen schwankend sind, so ist der Vorbehaltsartikel 89 dafür von Bedeutung. Die Privatpfändung ist nicht eingeschränkt auf bestimmte Arten von Sachen und nicht auf bestimmte Arten von Grundstücken. Spezielle Vorschriften (Feld- und Forstpolizeigesetz) gibt es in Württemberg dafür nicht. Wenn Tiere zu Schaden gehen, dann steht das Pfändungsrecht fest. Zweifelhaft ist, ob bei Schädigung der Grundstücke durch Personen; inso-

[1]) RGSt. 7, 302,.
[2]) RGSt. 13, 407; 32, 12.
[3]) Niederer, Art. 89, 1 EGBGB. S. 183 in Kommentar Opet Blume.
[4]) u. [5]) Niederer a. a. O. A. 3 u. 7.

weit gelten die §§ 229, 230 BGB. Es ist gleichgültig, ob die Tiere ein Feld- und Waldgrundstück schädigen. Während in sonstigen Landesrechten das Pfand nicht nur wegen des Anspruches auf Schadensersatz, sondern häufig auch für den Anspruch auf eine Art Buße, nämlich Pfandgeld, Ersatzgeld haftet, ist diese Rechtserweiterung in Württemberg nicht ausgebildet. Dagegen beweist die Pfändung die Zufügung des Schadens durch die gepfändeten Tiere, sobald nur der Pfänder dem Eigentümer des gepfändeten Tieres eventl. der Ortsobrigkeit in tunlicher Bälde Anzeige macht[1]). Es handelt sich in Württemberg um ein qualifiziertes Zurückbehaltungsrecht, dessen Verletzung durch Wegnahme der gepfändeten Sache die Strafe des § 289 StGB. nach sich zieht.

3. Das Zurückbehaltungsrecht.

Die auf Grund des Art. 89 dem Landesrecht vorbehaltene Privatpfändung kann u. U. ein Zurückbehaltungsrecht begründen. Das Reichsrecht kennt folgende Fälle des Zurückbehaltungsrechts:

1. § 273 BGB.
2. § 1000 BGB.
3. § 972 BGB.
4. § 369 HGB.

Diese Zurückbehaltungsrechte haben gemeinsam, daß sie obligatorischer Natur sind. Ein dingliches Zurückbehaltungsrecht gibt es nicht, da der Kreis der dinglichen Rechte geschlossen ist[2]). Im übrigen sind diese Zurückbehaltungsrechte nach Voraussetzungen und Wirkungen verschieden. Die Folge des § 273 BGB. ist ein Leistungsverweigerungsrecht durch den Schuldner, wenn er einen fälligen Gegenanspruch gegen den Gläubiger hat, der aus demselben rechtlichen Verhältnis erwachsen ist, auf dem seine Verpflichtung beruht. Aus dem Schuldverhältnis darf sich ein anderes nicht ergeben. Dieser letzte Fall ist z. B. geregelt in den §§ 175, 556 Abs. 2, 580, 581 Abs. 2 BGB. Ferner gibt es noch Fälle, wo besondere Vereinbarungen oder die Natur des Schuldverhältnisses dem Bestande eines solchen Zurückbehaltungsrechts widersprechen. Die Erfordernisse des in Abs. 2 § 273 bestimmten Zurückbehaltungsrechts unterscheiden sich von

[1]) Mandry, Bd. 1 S. 107, 108.
[2]) Staub 33 zu § 369.

dem des Abs. 1 dadurch, daß nicht Konnexität gefordert ist. Auch gilt die Einschränkung des § 273 Abs. 1 BGB. nicht: „sofern sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt". Die Gegenansprüche des § 273 Abs. 2 BGB. sind schlechter gestellt als in Abs. 1 durch den Zusatz: es sei denn, daß der zur Herausgabe Verpflichtete den Gegenstand durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Strafschutz bei Wegnahme einer Retentionssache ist deshalb besonders wertvoll, weil bei deren Verlust kein Zivilrechtsschutz stattfindet anders als beim Besitzpfandrecht. Während aber Gegenstand dieses Rechtes nur Sachen mit Verkaufswert sein können, sind zur Sicherung mittels Zurückbehaltungsrechtes auch Sachen ohne Verkaufswert geeignet. Wiewohl dieses Recht des Schuldners die Leistung zu verweigern, nicht nur dem Gläubiger, sondern gemäß § 404 BGB. auch dem Zessionar des Gläubigers gegenüber besteht, wenn es schon zur Zeit der Abtretung gegen den Gläubiger begründet war, so doch nicht dritten Eigentümern gegenüber, weil es kein dingliches Recht ist. Sollte also der Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht an einer nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehörigen Sache geltend machen, so kann dieser dritte Eigentümer, ohne mit § 289 StGB. in Konflikt zu kommen, diese Sache wegnehmen. Das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers ist zwar dadurch vereitelt, aber die Strafandrohung des § 289 betrifft diesen Fall nicht. Eine Entscheidung des RG.[1]) aus neuerer Zeit behandelt dieselbe Frage bezügl. des vertraglichen Zurückbehaltungsrechts. Danach kann ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht an einer fremden Sache wohl bestellt werden, bloß ist, wie das RG. sagt, eine Wegnahme zu Gunsten des Eigentümers nach § 289 StGB. nicht strafbar. In der fraglichen Entscheidung handelt es sich um ein Mietverhältnis. Das RG. argumentiert nun folgendermaßen: ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht bezügl. der sog. Kompetenz (§ 811 ZPO.) zwischen Vermieter und Mieter ist möglich, ferner die Begründung eines vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechts an einer nicht im Eigentum des Schuldners stehenden Sache. Dieses Zurückbehaltungsrecht, so fährt das RG. fort, schaffe aber nur obligatorische Beziehungen, wirke daher nur unter den Parteien. Den dinglichen Berechtigten würde diese Abmachung nicht berühren. So sehr nun der Eigentümer seine Sache, auf die das zwi-

[1]) RGSt. 63, 209.

schen den nichtberechtigten Schuldnern und dem Gläubiger vereinbarte Zurückbehaltungsrecht sich beziehe, wegnehmen könne, ohne gegen § 289 zu verstoßen, ebenso gehe der Nichtberechtigte, der zu Gunsten des Eigentümers die Sache dem zurückbehaltungsberechtigten Gläubiger entziehe, straflos aus. Die Strafbestimmung des § 289 StGB. richte sich nicht gegen jeden, sondern nur gegen den Eigentümer und den zu Gunsten des Eigentümers Handelnden. Das verletzte Recht müsse gerade gegenüber dem Eigentümer bestehen, gerade beim Zurückbehaltungsrecht gewähre § 289 StGB. nur Schutz gegen den, dessen Eigentum durch das Bestehen des Zurückbehaltungsrechts geschützt sei. M. a. W. der Eigentümer kann in diesem Fall nicht Täter sein, weil ihm gegenüber das Zurückbehaltungsrecht nicht besteht. Die Strafvorschrift richtet sich nicht schlechthin gegen den Eigentümer und nicht schlechthin gegen den Besteller des Rechts.

Die Entscheidung ist sowohl in ihrem Ausgangspunkt als in der Begründung nicht zu befürwörten. Ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Sachen des Mieters kann nicht bestellt werden, darüber näheres unten S. 34 ff. Aber selbst wenn man diese Auffassung als richtig zu Grunde legen würde, so könnte die Verurteilung des Angeklagten auch folgendermaßen begründet werden: § 289 StGB. richtet sich gegen die Vereitelung des Pfandrechts usw. Strafbar ist aber nur der Eigentümer und der zu Gunsten des Eigentümers Handelnde. Der Angeklagte hat das dem Gläubiger zustehende Zurückbehaltungsrecht durch Wegnahme der Sache vereitelt und hat zu Gunsten des Eigentümers gehandelt, er kommt also als Täter des Vergehens des § 289 StGB. in Betracht. Diese Beweisführung enthält einen Trugschluß, denn es ist nicht gesagt, daß das dem Gläubiger zustehende Zurückbehaltungsrecht gerade gegenüber dem Eigentümer bestehen müsse. Sie fällt daher in sich zusammen, trotzdem vermag die Entscheidung des RG. nicht zu befriedigen, selbst wenn man wie das RG. davon ausgeht, daß ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Sachen begründet werden könne. Die Ausführung des RG., daß derjenige, der eine fremde Sache verpfändet und hernach im eigenen Interesse wegnimmt, straflos sei, kann nicht beanstandet werden. Diese Behauptung ist zwar von verschiedenen Seiten auch schon als unhaltbares Resultat angefochten und de lege ferenda die Ausdehnung des § 289 auf diesen Fall als wünschenswert empfohlen worden. Aber de lege lata

besteht Straflosigkeit. Diese Straflosigkeit auch auf Fälle zu erstrecken, in denen die verpfändete fremde Sache zu Gunsten des Eigentümers weggenommen wird, der von vornherein mit dem Besteller des Pfandrechts schon bei Bestellung gemeinsame Sache macht, liegt kein Grund vor[1]). Straffrei mag ausgehen der Eigentümer, der die ohne seinen Willen durch einen Dritten verpfändete Sache wegnimmt, ferner der Besteller des Pfandrechts, der in diesem Falle dem Eigentümer der Sache zu seinem Eigentum wieder verhilft. Genau dieselbe Einschränkung ist für das Zurückbehaltungsrecht geboten. Ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht an einer der Pfändung nicht unterworfenen Sache kann aber zwischen Vermieter und Mieter nicht begründet werden, dieser Grund allein trägt die Entscheidung.

b) Vertragliches Zurückbehaltungsrecht.

Die Vereinbarung eines vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechtes ist möglich, nur dürfen nicht wesentliche Voraussetzungen fehlen. Dies ist der Fall, wenn der Mieter dem Vermieter wegen Forderungen aus dem Mietverhältnis durch Vertrag ein Zurückbehaltungsrecht an den von ihm eingebrachten unpfändbaren Sachen bestellt. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Literatur viel erörtert worden. Die Literatur ist in Ebermayer zu § 289 StGB. zusammengestellt. Gegen die Möglichkeit, ein solches Zurückbehaltungsrecht zu vereinbaren, haben sich von den Zivilisten ausgesprochen: Dernburg, Oertmann, Planck, Staudinger; von den Kriminalisten: Allfeld, Ebermayer.

Die gegenteilige Auffassung wird von Harburger, Ortloff, Schwarz und vom RG. vertreten[2]). Für die letzgenannte Ansicht ist keine zivilrechtliche Grundlage vorhanden. So wenig das gesetzliche Pfandrecht auf die unpfändbaren Sachen erstreckt werden kann, so wenig kann ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht daran entstehen. Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht vereinbart werden kann, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Das Zurückbehaltungsrecht soll aber wenigstens dahin gehen, daß der Schuldner befugt sein soll, die von ihm geschuldete Leistung insbesondere die Herausgabe

[1]) Köhler J. W. 1929. III S. 2735.
[2]) RGSt. 35, 150; RGSt. 37, 118.

einer Sache bis zur Bewirkung einer ihm gebührenden Leistung zu verweigern. Wie die Parteien die von ihnen getroffenen Vereinbarungen benennen, ist unerheblich. Schon § 369 HGB. weist ausdrücklich darauf hin und auch § 273 BGB. setzt voraus, daß der zurückbehaltende Schuldner die zu retinierenden Sachen im Besitz habe. Danach sollte der Vermieter im Besitz der retinierenden Sachen sein. Da nicht er, sondern der Mieter diese Sachen besitzt, so kann der Vermieter auch die Herausgabe der Sache nicht verweigern. Was dem Vermieter hier vertraglich eingeräumt werden soll, ist nicht ein Zurückbehaltungsrecht, sondern das Sperrecht des § 561 BGB., nämlich das Recht die Wegschaffung der in die Mietwohnung eingebrachten Sachen des Mieters bis zur Befriedigung des Vermieters wegen seiner Forderungen aus dem Mietverhältnis zu verhindern. Dem gegenüber steht die Verpflichtung des Mieters, die in die Mietwohnung eingebrachten Sachen bis zur vollen Befriedigung des Vermieters wegen seiner Forderung aus dem Mietverhältnis daselbst zu belassen und sich ihrer eigenmächtigen Entfernung zu enthalten. Der Mieter ist unmittelbarer Besitzer der eingebrachten Sache. Derjenige, der ihm den Besitz entzieht, handelt in verbotener Eigenmacht. Der Vermieter dagegen, der sein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen durch Entziehung des Besitzes geltend macht, wenn er z. B. diese Sache dem Mieter entzieht, handelt nicht in verbotener Eigenmacht. § 858 BGB. bestimmt ausdrücklich: nicht in verbotener Eigenmacht handelt derjenige, dem das Gesetz die Entziehung oder Störung des Besitzes gestattet. Die Entziehung des Besitzes ist auch denjenigen gestattet, die die Sache in berechtigter Selbsthilfe wegnehmen (§ 229 BGB.). Das sog. Sperrrecht des § 561 BGB. ist nichts anderes als ein solches Selbsthilferecht, das abweichend von § 229 BGB. der Eigenart des Mietverhältnisses Rechnung tragend die Voraussetzungen der Selbsthilfe anders gestaltet hat. Ein solches Selbsthilferecht kann nicht abweichend vom Gesetz vertraglich begründet werden. Wenn dies der Fall wäre, so müßte es sich der Vermieter auch wegen anderer Forderungen oder ein sonstiger Grundstücksbesitzer bezügl. der vom Nichtmieter eingebrachten Sachen wegen beliebiger Forderungen ausbedingen können. Das RG. hat zwar in der zweiten oben angeführten Entscheidung nicht ausdrücklich davon gesprochen, die Vereinbarung eines solchen Rechtes zwischen Vermieter und Mieter sei die Ausbedingung eines Sperrechts, aber es hat den Inhalt dieses Rechtes so ge-

kennzeichnet, daß es mit dem Sperrecht des § 561 BGB. übereinstimmt [1]).

Der E. 1919 hat für straffrei erklärt den Mieter oder Pächter, der eine in die Mieträume eingebrachte der Pfändung nicht unterworfene Sache, an welchem dem Vermieter oder Verpächter ein vertragsmäßiges Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, dem Vermieter oder Verpächter wegnimmt. Nur die Verletzung des vertragsmäßigen Pfandrechts an dieser Sache soll danach Straflosigkeit nach sich ziehen. Da gesetzliches Pfandrecht an unpfändbaren Sachen bei der Pacht möglich ist, so fällt dieses gesetzliche Pfandrecht aus dem Kreis dieser Strafbefreiungsgründe heraus. Nur bei Wegnahme nicht auch bei Zerstörung soll die Strafdrohung der Rechtsvereitelung wegfallen. Diese Bestimmung haben die späteren Entwürfe mit Recht beseitigt. Denn einmal ist es eine reine zivilrechtliche Frage, die hier der Lösung harrt, zum anderen ist diese Lösung des E. 19 unrichtig, denn sie geht fälschlicherweise davon aus, daß an diesen Sachen ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht ausbedungen werden könne. Die Möglichkeit der Bestellung eines vertragsmäßigen Pfandrechts daran ist zwar zu bejahen, wenn die Erfordernisse des § 1205 BGB. eingehalten und die Sache dem Vermieter übergeben wird. Ein allgemeines Veräußerungsverbot bezügl. solcher Sachen ist nicht aufgestellt, zudem gibt der Mieter bei freiwilliger Verpfändung zu erkennen, daß die betr. Sachen für ihn nicht unentbehrlich sind. Ein ausreichender Grund, gerade dieses vertragsmäßige Pfandrecht der Strafdrohung der Rechtsvereitelung zu entziehen, ist nicht vorhanden. Bei der Beratung des E. 1913 ist diese Frage ebenfalls aufgerollt und erwogen worden, ob dieser Streit durch Einfügung eines entsprechenden Absatzes in den Tatbestand der Rechtsvereitelung beseitigt werden könne. Dort sind folgende triftige Gründe gegen eine derartige Maßnahme angegeben worden: Der Zweck dieses Vorgehens im Wege des Gesetzes bestehe darin, der reichsgerichtlichen Rechtsprechung einen Riegel vorzuschieben. Es sei aber wenig empfehlenswert, dieser in der Praxis hervorgetretenen Rechtsauffassung auf diese Weise entgegenzutreten, da die Aenderung der Rechtsprechung nicht ausgeschlossen sei. Es sei bedenklich, gerade auch für Miet- und Pachtverhältnisse eine solche Ausnahmevorschrift zu schaffen. Derselbe soziale Gesichtspunkt, der hier hervortrete,

[1]) Planck § 560 a Anm. 3, S. 848, 849.

spiele auch auf anderen Gebieten eine Rolle und es wäre unbillig, wenn nur der Pächter oder Mieter vor Strafe geschützt werde und man bei anderen Verhältnissen, wo unsozial wirkender wirtschaftlicher Zwang durch Erwerb von unpfändbaren Sachen sich zeige, es bei der allgemeinen Regelung lasse. Es sei nicht ohne Bedenken, bei einem derartigen Einzelproblem, das nur ein Ausschnitt aus dem großen Gebiet gleicher und ähnlicher sozialer Interessengegensätze bilde, im Wege der Gesetzgebung durch eine Spezialvorschrift auf die Rechtsprechung zu reagieren. Es sei auch fraglich, ob die Sondervorschrift auf ihrem eigenen Gebiete ihren Zweck erfülle, ob den sozialen Mißständen in der Tat dadurch abgeholfen würde oder nicht, vielmehr die ebenso unsoziale Folge herbeiführen werde, daß ein Mieter, der nur über unpfändbare Sachen verfüge, zu anderen Sicherungsformen, wie z. B. Sicherungsübereignung gedrängt werde, die ihn wirtschaftlich noch schwerer belasten und ihn beim Rükken der Bestrafung wegen Unterschlagung aussetzen würden. Diese Regelung sei nicht dem Strafrecht, sondern dem bürgerlichen Recht vorzubehalten. Soweit danach ein wirksames vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht Bestand habe, sei kein Grund, dem Vermieter den Schutz der Rechtsvereitelungsstrafe zu versagen. Soweit dies nicht der Fall sei, könne die Vorschrift ohnehin nicht angewandt werden.

4. Das Gebrauchsrecht.

Das Zurückbehaltungsrecht ist obligatorischer Natur, es besteht daher kein Anlaß, den Strafschutz des § 289 StGB. auf das dingliche Gebrauchsrecht zu beschränken. Nicht bloß der römisch-rechtliche usus und die Rechte der §§ 1090—1093 BGB. (beschränkte persönliche Dienstbarkeiten) sind damit getroffen [1]), sondern auch die obligatorischen Gebrauchsrechte, wie Miete, Leihe und das nach § 743 Abs. 2 BGB. dem Teilhaber einer Gemeinschaft nach Bruchteilen zustehende Recht, den gemeinschaftlichen Gegenstand insoweit zu benützen, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird. Landesrechtlich kommen namentlich die Gebrauchsrechte in Betracht, die durch mit der Ueberlassung eines Grundstücks in Verbindung bestehende Leibgedings-, Altenteils und ähnliche Verträge begründet werden. (EGBGB. Art. 96). Auch die Gebrauchsrechte öffentlich rechtlicher Natur fallen darunter. Das

[1]) Motive PrStGB. 1833, 1. T. S. 285.

Gebrauchsrecht ist in § 271 Pr. StGB. noch nicht genannt, § 289 StGB. hat also mit der Einbeziehung des Gebrauchsrechts eine Neuerung geschaffen. Die Motive zum StGB. besagen dazu: „Es scheint angemessen, nicht nur das Besitzrecht des Nutznießers, Pfandgläubigers und Retentionsberechtigten, sondern auch das jedes anderen Gebrauchsberechtigten zu schützen und demgemäß dies ausdrücklich mit anzuführen." Schon das allgemeine A. Pr. L.R. hat dies Recht als des Strafschutzes bedürftig anerkannt. Dort ist von dem Recht auf Besitz, Genuß oder Verwahrung die Rede. Nach den Motiven zum 2. Entw. des Pr. StGB.[1]) hat man diese Bestimmung aus dem Grunde wieder fallen lassen, weil der Schutz nur dann zu gewähren sei, wenn das verletzte Recht dem Eigentum sehr nahe stehe, daher gehe der Schutz des Gebrauchsrechts über die Kompetenz des Strafrechts hinaus. Die Strafandrohung des Tatbestandes der Rechtsvereitelung hat aber das Gebrauchsrecht gerade so zu umfassen, wie das nur obligatorisch wirkende Zurückbehaltungsrecht.

Die Neuerungen der Entwürfe sind kurz folgende: E. 1911 hat nur an der Fassung etwas geändert. Er hat es vorgezogen, statt von Gebrauchsrechten an einer Sache von solchen in Ansehung der Sache zu reden. Seitdem sind auch die unbeweglichen Sachen, an denen Gebrauchsrechte bestehen, nicht bloß gegen Wegnahme, sondern auch gegen Zerstörung strafrechtlich geschützt.

Der Vorentwurf 1909 hat dadurch, daß er den Täterkreis auf jedermann ausgedehnt hat, eine eigenartige Komplikation gerade für das Gebrauchsrecht geschaffen. Der Grundsatz des bisherigen Rechts, das sog. furtum usus nur dann zu bestrafen, wenn es von dem Eigentümer oder doch in seinem Interesse von einem Dritten gegen einen ihm — dem Eigentümer — gegenüber zum Besitze Berechtigten begangen wird, ist damit beseitigt worden. Dabei gelangt der VE. nach der Begründung zu dem befremdlichen Ergebnis, daß das furtum usus zwar allgemein bestraft werden solle, wenn es sich gegen einen kraft besonderen Rechtes Besitzenden, dagegen nicht wenn es sich gegen den Eigentümer selbst richte. Diese Unterscheidung zu machen ist nicht angängig. Es ist z. B. unerheblich, ob bei Benützung eines auf der Straße stehenden Automobils, wie es jetzt tagtäglich vorkommt, dieses Auto im Besitze des Eigentümers oder eines Nutznießers ist. Aus der Fassung des § 294 VE. ist dieser Unter-

[1]) Motive PrStGB. 1833, 1. T. S. 285.

schied nicht zu entnehmen. Danach wird das gegen den Eigentümer begangene furtum usus mitgetroffen, denn ein Gebrauchsrecht steht auch dem Eigentümer zu.

§ 5.

Die Angriffshandlung.

Als Angriffshandlung ist in § 289 wie in § 242 StGB. die Wegnahme genannt. In Abs. 5 ist auf den mit dem Diebstahl zusammenhängenden § 247 Abs. 2 und 3 verwiesen. Es liegt daher nahe, den Wegnahmebegriff wie in § 242 StGB. abzugrenzen. Die Rechtslehre hat verschiedentlich diese Folgerung gezogen. Von früheren Rechtslehrern Oppenhoff[1]), Merkel[2]), Hälschner[3]). Neuerdings hat sich Frank[4]) dieser Ansicht angeschlossen, der nicht beigepflichtet werden kann. Der in der Praxis am häufigsten vorkommende Fall, nämlich die Verletzung des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters würde so straflos bleiben. Wegnahme erfordert Gewahrsamsbruch auf der einen und Gewahrsamsbegründung auf der anderen Seite. Der Mieter könnte danach dem Vermieter die eingebrachten Sachen, die dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters unterliegen, straflos wegnehmen. Voraussetzung der strafbaren Wegnahme wäre, daß der Vermieter sich im Besitze dieser Sachen befände. Aber nicht der Vermieter, sondern der Mieter übt die tatsächliche Gewalt, die den Gewahrsam begründet, darüber aus. Wenn dieser also mit den fraglichen Sachen rückt, nimmt er bei Zugrundelegung der obigen Ansicht nicht weg. Es liegt hier aber ebenso sehr eine Rechtsverletzung vor, wie wenn der Pfandschuldner die Pfandsache dem Pfandgläubiger entzieht. Der rückende Mieter ist ebenso strafwürdig wie dieser Pfandschuldner. Nur wenn die Auslegung eines Begriffs in Grenzfällen sich bewährt, kann sie Anspruch auf Richtigkeit machen. Daß übrigens Frank von der Strafbarkeit des rückenden Mieters ausgeht, beweist die Bemerkung unter V zu § 289 StGB., wo er vom Strafantragsrecht spricht. Dort führt er aus, das An-

[1]) Oppenhoff; Kommentar 7. Aufl. 1879zu § 289 A. 10.
[2]) Merkel, in Holtzendorffs Handb. des deutsch. Strafr. 1874, 3. Bd. S. 836.
[3]) Hälschner, Das gemeine d. Strafr. II, 1 S. 338.
[4]) Frank, 18. Aufl. 1931, § 289, III.

tragsrecht stehe dem Vermieter zu gleichviel, ob er Eigentümer der vermieteten Wohnung sei oder nicht. Seine Ansicht ist im Ergebnis richtig; während der Ausgangspunkt bei folgerichtiger Durchführung zu unrichtigen Resultaten führen müßte. Eine nähere Begründung hat er für seine Ansicht nicht gegeben. Im Gegensatz zu der Ansicht Franks, die auf falschem Wege zum richtigen Ziele führt, ist bei Lenz[1]) der eingeschlagene Weg zwar nicht zu beanstanden, während das Ergebnis über das Ziel hinausschießt. Dieser vertritt die Meinung, unter der Wegnahme i. S. des § 289 StGB. habe man jede Handlung zu verstehen, welche geeignet sei, entweder die bereits eingetretene Ausübung des Pfand- oder Retentionsrechts zu vereiteln, oder die noch nicht erfolgte Ausübung zu verhindern. Dies ist keine Auslegung des Gesetzes mehr, sondern willkürliche Begriffs- und Strafausdehnung. Es ist zwar richtig, daß der Gedanke und das Wesen des § 289 StGB. sich in der Rechtsvereitelung erschöpft, diese hat aber durch Wegnahme der Sache zu erfolgen. Wenn man so weit gehen würde wie Lenz, dann wäre das Begehungsmittel gleichgültig. Wenn der Gesetzgeber dies gewollt hätte, dann hätte er dieser Gesetzesstelle eine ganz andere Fassung gegeben und diesen Willen auf folgende Weise zum Ausdruck gebracht: Der Eigentümer, der vorsätzlich das an seiner Sache begründete Pfandrecht usw. eines anderen vereitelt, wird bestraft. Daß sich diese Rechtsvereitelung in irgend welcher rechtswidriger Behandlung einer Sache äußern soll, davon hat Lenz ganz abgesehen, obwohl ausdrücklich § 289 StGB. die Sache als Objekt der Angriffshandlung aufführt.

Das RG. hat von Anfang an den Begriff der Wegnahme in § 289 StGB. weiter gefaßt als in § 242 StGB. und zwar durch Erweiterung des Gewahrsamsbegriffs. Diesen Begriff hat es gerade bei dem Verhältnis des Vermieters zum Mieter, der seine eingebrachten Sachen aus der Mietswohnung wegbringt, entwickelt. Der Vermieter stehe zu diesen Sachen in einem faustpfandähnlichen Verhältnis, es liege hier ein Besitz- oder gewahrsamsähnliches Verhältnis vor. Eine tatsächliche Ausübung des gesetzlichen Pfandrechts sei notwendig, es genüge die mündliche Erklärung des Vermieters, von seinem Rechte Gebrauch machen wollen[2]). Später ist das RG. mit Recht davon abgewichen und hat angenommen, daß die Fortbringung der einge-

[1]) Lenz, S. 113.

[2]) RGSt. 4, 43; 6, 321; 14, 321; 22, 126.

brachten Sachen gegen den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Willen des Vermieters zu geschehen habe, um Wegnahme zu sein. Nur unter diesen Bedingungen sei das besitzähnliche Verhältnis des Vermieters zu den in sein Grundstück eingebrachten Sachen aufgehoben[1]). Bei dieser Frage hat sich das RG. von Anfang an von der Auffassung des Pr. StGB. von 1851 § 271 freigemacht, für welche die Erklärung der Regierungskommission, die Wegnahme sei genau wie beim Diebstahl aufzufassen, maßgebend gewesen ist. Diese Auffassung ist in verschiedenen Entscheidungen ausdrücklich für § 289 StGB. abgelehnt worden[2]). Verschiedentlich ist im Schrifttum[3]) behauptet worden, das RG. habe bei dieser Frage einen Zwitterstandpunkt eingenommen. Die Entscheidungen E. 25, 115 und E. 27, 222 würden die Wegnahme des § 289 StGB. ebenso eng fassen wie die des § 242 StGB. Diese Ansicht ist verfehlt. Diese Entscheidungen weisen keinen Widerspruch zu dem sonstigen Standpunkt des RG. in dieser Frage auf. In E. 25, 116 heißt es wörtlich: „Es erscheint gerechtfertigt, dem gleichen Ausdruck (nämlich Wegnahme) bei der Definierung des in § 289 StGB. vorgesehenen verwandten Delikts im wesentlichen den gleichen Sinn beizulegen", wobei noch auf die Entscheidungen E. 15, 434 und E. 17, 358 verwiesen ist. Weiter unten ist noch ausdrücklich erörtert, der Vermieter könne sich den Gewahrsam verschaffen, wenn er sein Pfandrecht geltend machen wolle, daher werde auch das Fortschaffen der eingebrachten Sache durch den Mieter als Wegnahme dieser Sache aufgefaßt. Wegnahme in § 289 StGB. und Wegnahme in § 242 StGB. stimmen also nur in der Hauptsache miteinander überein, so und nicht anders ist diese Ausführung des RG. zu verstehen, dies ergibt auch der Zusammenhang, in dem diese Worte stehen.

Die Begründung zum E. 27, 225 faßt denselben Gedankengang in folgende Worte: „Daß dieser dem § 289 StGB. wie dem § 242 StGB. eigentümliche Begriff nicht den juristischen Besitz desjenigen, dem die Sache weggenommen wird, zur Voraussetzung hat, ist zweifellos. Es genüge vielmehr die tatsächliche Möglichkeit über eine Sache zu verfügen, dazu müsse der Wille, die Verfügungsgewalt auszuüben, hinzutreten. Diese

[1]) RGSt. 1, 429; 3, 57.
[2]) RGSt. 3, 62; 4, 46.
[3]) Meyer-Allfeld S. 524 Anm. 9.

Worte beziehen sich ebenfalls auf das Verhältnis des Vermieters zum Mieter bezügl. der eingebrachten Sachen. Der Vermieter brauche, so fährt das RG. fort, keine genaue Kenntnis von der eingebrachten Sache zu haben, unwesentlich sei der Mitgewahrsam eines andern. Der Wille des Vermieters, der auf die Verfügungsgewalt gerichtet sei, müsse dem Mieter erkenntlich sein. Hier hat das RG. nur den zweifellos nicht unter die Wegnahme des § 242 StGB. fallenden Tatbestand der vergeistigten Sachherrschaft auch aus dem § 289 StGB. ausgeschieden. Insoweit stimmen die Wegnahmebegriffe der angezogenen Gesetzesstellen überein. Mit keinem Wort hat aber das RG. das Unterschiedliche der beiden Begriffe berührt. Wenn es das Gemeinsame zum Teil herausgegriffen hat, so hat damit nicht gesagt werden sollen, daß die Wegnahme des § 289 StGB. mit der des § 242 StGB. sich vollständig decke. Zusammenfassend ist zu sagen: Der Standpunkt des RG. ist in dieser Frage eindeutig. Es gehört danach zur Wegnahme des § 289 StGB.

1. eine tatsächliche Verfügungsmacht oder ein gewahrsamsähnliches Verhältnis, verbunden mit einem erkennbaren Besitzwillen,
2. die Beseitigung dieses Verhältnisses, die zugleich Begründung der seither nur unvollständigen tatsächlichen Herrschaftsgewalt des Beseitigenden bedeutet.

Es ist eine Frage der Auslegung, ob Wegnahme i. S. des § 289 StGB. weiter zu fassen ist, oder ob sie ebenso eng abzugrenzen ist wie im § 242 StGB. In § 242 StGB. schließt die Wegnahme in sich den Gewahrsamsbruch und die Gewahrsamsbegründung durch den Täter. Gewahrsam ist die tatsächliche Verfügungsgewalt einer Person über eine Sache, verbunden mit dem erkennbaren Willen, die Sache zu beherrschen. Er deckt sich mit dem Begriff des unmittelbaren Besitzes als Tatbestand i. S. des bürgerlichen Gesetzbuches, soweit § 242 StGB. in Frage steht. Daß der Vermieter zu den eingebrachten Sachen des Mieters in keinem derartigen unmittelbaren Verhältnis steht, leuchtet ein. Der Wortlaut des Gesetzes läßt nun nicht zu, daß diese Sachlage unter § 289 StGB., zu rechnen sei. Es kann auch der Sinn des Gesetzes nicht sein, daß derartige in der Praxis so häufig auftretenden Fälle wie das Rücken des Mieters, von § 289 StGB. nicht miterfaßt werden. Aus der Entstehungsgeschichte allein ist der Sinn des Gesetzes nicht zu erschließen. Wenn man sie allein zu Rate ziehen würde, dann würde, wie

oben schon angedeutet worden ist, eine Ausdehnung des Begriffs Wegnahme auf diesen Fall ohne weiteres abgewiesen werden müssen. Das RG. hat sich erfreulicher Weise insofern von dem verhängnisvollen Satz, daß § 289 und § 242 StGB. unmittelbar zusammenhängen, abgewandt. §§ 242 und 289 StGB. haben außer der teilweisen gemeinsamen Ausdrucksweise nichts miteinander gemeinsam. Durch die Einreihung des § 289 StGB. in eine ganz andere Gruppe von Delikten ist diese richtige Erkenntnis zum Durchbruch gelangt. Es wäre abwegig, aus der Verwendung desselben Begriffs Wegnahme auf den gleichen Inhalt zu schließen. Der Zweck des Gesetzes ist bei Diebstahl Schutz des Eigentums, hier Schutz gegen Rechtsvereitelung. Dieser Zweck des § 289 StGB. und der ganz lose Zusammenhang zum Diebstahlsparagraphen zwingen dazu, Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 289 StGB. als Auslegungsmittel beiseite zu schieben und ihm einen anderen Gewahrsamsbegriff zugrunde zu legen. Wegnahme i. S. des § 289 StGB. ist bald Wegnahme aus tatsächlicher Innehabung, bald aus räumlichem Rechtsbereich [1]). Es ist ein weiterer Sinn als der des Gewahrsams zugrunde zu legen [2]). Nach Binding umfaßt der Wegnahmebegriff auch die Wegnahme aus juristischem Besitz. Damit ist der mittelbare Besitz i. S. des § 868 BGB. gemeint. Binding führt als Beispiel an, wo die Strafbarkeit eintreten soll: Der Besitzberechtigte könne die Sache einem Dritten zur Aufbewahrung gegeben haben. Wer (entweder der Eigentümer oder der zu Gunsten des Eigentümers Handelnde) sie dort entwende, nehme sie weg i. S. des § 289 StGB. Dies steht im Widerspruch zu dessen Wortlaut. Dort heißt es ausdrücklich: Wer seine eigene bewegliche Sache dem Nutznießer usw. in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird bestraft. Dieser Wortlaut spricht also gegen die Annahme Bindings, während der Wortlaut der Entwürfe eine derartige Annahme zuläßt. Schon der GE. 1911 beweist dies; ebenso der E. 1927 u. a. GE. 1911 lautet: Wer die Ausübung eines an seiner Sache bestehenden Nießbrauchsrechts usw. durch Wegnahme oder Zerstörung vereitelt. Der E. 1927 lautet: Wer seine eigene Sache zerstört, beschädigt oder wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechts auf Befriedigung aus der Sache usw. ganz oder zum Teil vereitelt. Wegnahme und Zerstörung und die dadurch herbeigeführte Rechts-

[1]) Binding Lb. 1., 318.

[2]) Meyer-Allfeld 457 Nr. 9, Gerland 471, Harburger VD. 6, 323.

vereitelung durch den Eigentümer sind die wesentlichen Punkte. Ob der Berechtigte sich gerade im unmittelbaren Besitze der Sache befinde, darauf ist nicht abgestellt. Dies entspricht auch dem Wesen des Delikts. Vielfach ist schon der Versuch gemacht worden, das Wesen des Delikts damit zu kennzeichnen, daß die Ausübung des Berechtigten gerade durch den Verpflichteten vereitelt werden soll. Wennschon das in den gesetzlichen Vorschriften enthaltene verletzte Rechtsgut zur Auslegung herangezogen werden soll, so muß es auch richtig erkannt werden, sonst besteht die Gefahr, daß falsche Ergebnisse erzielt werden.

Der Ansicht Olshausens, daß die Wegnahme des § 289 StGB. auch durch sofortige Zerstörung begangen werden könne, ist das RG. in E. 15, 434 mit stichhaltigen Gründen entgegengetreten. Wenn Wegnahme aus tatsächlicher Innehabung in Frage steht, dann ist die Widerlegung unschwer. Der bisherige Inhaber muß aus dem Gewahrsam gesetzt werden und der Täter muß den Gewahrsam erlangen. Wenn nur Entsetzung aus dem Gewahrsam genügen würde, dann wäre sofortige Zerstörung mit Wegnahme identisch. Aber Wegnahme entfällt in diesem Falle deshalb, weil eine Gewahrsamserlangung nicht vorliegt. Schwieriger gestaltet sich die Begründung, wenn wie bei dem vom RG. abgeurteilten Falle der Mieter das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters durch Zerstörung der eingebrachten Sache zunichte macht. Der Vermieter steht nur in einem besitzähnlichen Verhältnis zu der eingebrachten Sache und der Mieter gewinnt mit der W e g n a h m e der Sache die von der tatsächlichen Herrschaft des Vermieters unbefreite Verfügungsgewalt. Wenn er bei noch bestehender Herrschaft des Vermieters die Sache z e r s t ö r t, dann kann davon nicht die Rede sein.

§ 289 StGB. hat in Verkennung des Wesens des Delikts die Begehungsmittel auf die Wegnahme beschränkt. In noch höherem Maße als durch Wegnahme kann das Recht durch Z e r s t ö r u n g der Sache vereitelt werden. Schon der V.E. 1909 führt ausdrücklich die Zerstörung als Mittel der Rechtsvereitelung auf. Er hat aber noch nicht den weiteren Schritt getan, auch die unbeweglichen Sachen in den Tatbestand einzubeziehen. Die Erwähnung der Zerstörung mußte den unmittelbaren Anstoß geben, den Tatbestand auch auf unbewegliche Sachen zu erstrecken. Bei der Beratung des KE. 1913 sind für die Aufnahme der Zerstörung in den Tatbestand folgende Gründe angegeben worden: Die Gefahr völliger oder teilweiser Zerstörung durch

den Eigentümer zum Nachteile Berechtigter sei gerade bei unbeweglichen Sachen besonders groß. Denn der Eigentümer sei hier regelmäßig im Besitz der Sache, und könne außerdem durch die Zerstörung noch besonderen Nutzen haben, indem er z. B. die Bestandteile des zerstörten Gebäudes für sich verwerte, ferner sei zu berücksichtigen, daß nach den Beschlüssen der Kommission (§ 180 a E. 1913) Brandstiftung nur strafbar sei, wenn dadurch Gefahr für Menschenleben oder für fremdes Eigentum herbeigeführt werde. Danach könne u. U. straflos ausgehen, wer sein eigenes Gehöft kurz vor der Zwangsversteigerung anzünde und dadurch absichtlich die dinglich Berechtigten schwer schädige. Ein Bedürfnis nach stärkerem Schutz der Hypothekengläubiger gegen Devastation habe sich in der Praxis mehr und mehr fühlbar gemacht[1]). Die Begründung der Denkschrift zu E. 1919[2]) weist ergänzend noch darauf hin, daß dem Hypothekengläubiger gegen Verwüstung des Grundstücks derselbe Schutz gebühre, wie dem Hauswirt gegen den Mieter, der die eingebrachte Sache zerstöre. Der E. 1927 sieht in § 225 die Bestrafung der Brandstiftung vor, aber nur wenn dadurch eine Gefahr für Leib und Leben oder in bedeutendem Umfange für fremdes Eigentum herbeigeführt wird. So gilt auch jetzt noch der oben angezogene schwerwiegende Grund, daß bei Inbrandsetzen des eigenen Anwesens kurz vor der Zwangsversteigerung der Täter u. U. straflos ausgehen würde.

Als Sachbeschädigung wird in E. 27 § 326 außer der Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache deren Unbrauchbarmachung in einer Weise, daß der Verletzte nur mit erheblichem Aufwand an Arbeit, Kosten oder Zeit sie wieder brauchbar machen kann mit Strafe bedroht. Damit ist ein Streitpunkt erledigt, der Wissenschaft und Rechtsprechung bei der Bestimmung der Begriffe Beschädigung und Zerstörung lange Zeit beschäftigt hat. Schon bei Auslegung des § 303 StGB. sind Meinungen hervorgetreten, die in derselben Weise wie der E. 1927 diese Frage gelöst haben[3]). Danach ist nicht Verletzung der Substanz der Sache, sondern Minderung der Gebrauchsfähigkeit das wesentliche sowohl bei Zerstörung als bei Sachbeschädigung. Diese besteht in der nicht unbedeutenden und vorübergehenden Minderung der Gebrauchsfähigkeit, während jene darin liegt, daß die Gebrauchsfähigkeit gänzlich aufgehoben und nicht bloß gemindert ist. Teilweise Zerstörung (dieser Be-

[1]) Entwurf 1913 Protokolle 1. Lesung, 175.—207. Sitzung.
[2]) Denkschrift 1919, S. 336.
[3]) Ebermayer § 303 Anm. 4 und 5.

griff spielt seit dem E. 1913 in dem Tatbestand der Rechtsvereitelung eine Rolle und ist seitdem aus den Entwürfen nicht wieder verschwunden bis zum E. 1927, wo außer Zerstörung und Wegnahme auch Beschädigung als Mittel der Rechtsvereitelung genannt ist) ist anzunehmen, wenn die ganze Sache in einzelnen Beziehungen gebrauchsunfähig wird (z. B. Abteilung eines Hauses), oder wenn einzelne Teile der Sache, die eine besondere Zweckbestimmung haben, gebrauchsunfähig werden (z. B. Zerstörung eines Brückengeländers) [1])

Schon bei Beratung des E. 1913 ist ein Antrag dahin gestellt worden, die Beschädigung neben der Zerstörung unter Strafe zu stellen. Damals ist dieser Antrag abgelehnt worden. Die damals dagegen geltend gemachten Einwände sind aber nicht durchschlagend. Es ist ins Feld geführt worden, man dürfe bei strafrechtlichen Beschränkungen des Eigentümers nicht zu weit gehen, zumal da auch obligatorische Rechte geschützt seien. Demgegenüber ist zu erwidern: in dem Umstand, daß nur die vorsätzliche Begehung strafbar ist, das Delikt auch zu einem Antragsdelikt gestempelt ist, besteht das erforderliche Regulativ. Es ist nicht einzusehen, warum das Beschädigen weniger strafwürdig sein soll, als die teilweise Zerstörung. Zudem ist eine scharfe Abgrenzung dieser beiden Fälle nicht möglich.

Zusammenfassend ist hervorzuheben, daß die Entwürfe einen begrüßenswerten Fortschritt bilden. Zerstörung der Sache ist strafwürdiger als die Wegnahme der Sache, bei der eine Wiedererlangung möglich ist. Das bayerische Gesetz 1861 [2]) mag bei der Einbeziehung der Zerstörung in den Kreis der Begehungsmittel Vorbild gewesen sein. Die österreichischen und Schweizer Entwürfe [3]) haben die Zerstörung und Beschädigung als Begehungsmittel auch schon vorgesehen. Wenn der E. 1927 und mit ihm der Strafrechtsausschuß und die deutsch-österreichische Strafrechtskommission auch die Beschädigung der Sache dem Tatbestand der Rechtsvereitelung ergänzend hinzugefügt haben, so ist der Kreis der Begehungsmittel geschlossen. Andere Mittel der Rechtsvereitelung aufzuführen, ist kein Bedürfnis vorhanden. Der Schutz des mittelbaren Besitzes in den Entwürfen ist als weiterer Fortschritt zu werten.

[1]) Rspr. 7, 275.
[2]) Bayrisches Gesetz 1861 Art. 330.
[3]) Oesterreichischer Entwurf § 371, Schweizer Entwurf Art. 89; s. a. Löwenstein in Reform des RStGB. herausg. v. Aschrott-Liszt 1910 S. 439.

§ 6.

Der Erfolg.

Die Entwürfe haben es nicht dabei bewenden lassen, nur die Wegnahme der Sache wie § 289 StGB. zu fordern. Sie haben darüber hinaus gefordert, daß die Ausübung des Rechts dadurch vereitelt werde. Dieser bestimmte Erfolg muß eingetreten sein. Das Wort Erfolg ist mehrdeutig. Einmal bedeutet es in einem engeren Sinne nach juristischem und gewöhnlichem Sprachgebrauch die durch eine Handlung herbeigeführte jeweils interessierende Veränderung der Außenwelt, im Strafrecht daher diejenige Veränderung der Außenwelt, deren Herbeiführung zu einem konkreten Deliktstatbestand gehört. Der durch menschliches Verhalten hergestellte Zustand mit allen seinen im Einzelfall interessierenden Eigenschaften, mögen diese Veränderung der Außenwelt sein oder nicht, wird auch Erfolg genannt (Erfolg i. w. S.). In diesem Sinne bedeutet Erfolg im Strafrecht die Verwirklichung eines gewöhnlichen Deliktstatbestandes[1]). Die Entwürfe heben, die Rechtsvereitelung als besonders herbeizuführenden Erfolg hervor. In diesem Zusammenhang ist das Wort i. e. S. benützt, nämlich Erfolg gleich Veränderung der Außenwelt. Auch die Wegnahme ist schon ein solcher Erfolg. Es erhebt sich die Frage, ob mit diesem weiteren Erfordernis in den Entwürfen ein weiterer Erfolg gemeint ist. Eine ähnliche Fassung wie der Tatbestand der Rechtsvereitelung könnte die Körperverletzung mit nachfolgendem Tod erfahren, nämlich: „wer eine Körperverletzung begeht und dadurch den Tod des Verletzten verursacht, wird bestraft." Im geltenden Recht ist in § 226 StGB. ein anderer Wortlaut dafür gewählt, es heißt dort: Ist durch die Körperverletzung der Tod des Verletzten verursacht usw., nachdem in § 223 StGB. die Körperverletzung besonders unter Strafe gestellt ist. Aus wohlerwogenen Gründen ist man in dieser Weise vorgegangen, dadurch ist dieses Delikt zu einem durch den Erfolg qualifizierten Delikt gestempelt. Die Folge ist, daß der Vorsatz sich nicht auf diesen Erfolg zu beziehen hat. Ganz anders bei der Rechtsvereitelung in den Entwürfen. Sowohl die Fassung des § 1913: Wer die Ausübung eines an seiner Sache bestehenden Rechts vereitelt usw., als auch die seit dem E. 1919 fernerhin beibehaltene Fassung: Wer seine eigene Sache wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechts vereitelt usw., deuten an, daß der Vor-

[1]) Hippel, Deutsch. Strafr. Bd. II § 12 Nr. 4, S. 130/131.

satz diesen Erfolg zu umfassen hat. Ob diese Aenderung des Tatbestandes auf dem subjektiven Gebiete Bedeutung gewinne, darüber näheres unten. Auch bei der Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung können nur wenige Fälle aufgewiesen werden, wo durch diese Neuerung auch die rechtliche Würdigung beeinflußt wird. Die Behauptung, welche die Begründung des VE. 1909 aufgestellt hat, eine sachliche Aenderung sei dadurch nicht herbeigeführt worden, die veränderte Ausdrucksweise sei aber angemessen, weil sie das Wesen der Sache besser treffe, geht fehl. Diese Ergänzung des Tatbestandes ist auch rechtserheblich. Diese unrichtige Auffassung der Begründung des VE. 1909 ist wohl auch dadurch verursacht, daß die als Plus geforderte Rechtsvereitelung keine eigentliche Veränderung der Außenwelt bedeutet. Die Veränderung liegt auf geistigem Gebiete, das durch die Rechtsordnung geschaffene Recht soll vereitelt werden. Die Rechtsvereitelung ist einer der wenigen strafrechtlichen Tatbestände, wo die Verletzung eines subjektiven Rechts Strafbarkeit bewirkt, während bei anderen Straftaten zumeist rechtlich geschützte Interessen in Frage stehen.

Die Ausübung des Rechts muß vereitelt sein. Der Tatbestand ist in den Entwürfen mit Rechtsvereitelung überschrieben. Dies kann zu Mißverständnissen führen. Durch Begehung des Delikts kann ebenso wenig das Recht vereitelt wie durch den Diebstahl das Eigentumsrecht aufgehoben werden. In der Deliktsbeschreibung wird dem begegnet: Vereitelung der Ausübung des Rechts ist Voraussetzung. Die aufgeführten Rechte werden in verschiedener Weise ausgeübt. Die Pfandrechte z. B. in ganz anderer Weise als die Nutznießungsrechte. Durch die Einräumung eines Pfandrechts wird dem Berechtigten die Befugnis eingeräumt, Befriedigung aus der verpfändeten Sache zu suchen. Da das Pfandrecht zur Sicherung einer Forderung dient, so ist Voraussetzung dieser Befugnis, sich aus der Sache befriedigen zu dürfen, Fälligkeit der Forderung. Der Pfandgläubiger hat aber schon vorher das Pfand dauernd im Besitz, damit er im Falle der Nichtbefriedigung sofort die Verkaufsbefugnis ausüben könne. Schon diese Möglichkeit der Ausübung des Rechts genügt, schon in diesem Stadium ist die Vereitelung des Rechts möglich. Beim Grundpfandrecht wird der Regel nach das Recht dadurch ausgeübt, daß nach Erwirkung eines gerichtlichen Urteils Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks beantragt wird. Da aber hier Ausübung des Rechts Ausübungsmöglichkeit bedeutet, so kann dessen Vereitelung

schon eintreten, wenn das Recht existent geworden ist. Bei der Beratung des E. 1913[1]) ist dieser Gedanke dahin erläutert worden: es solle nicht darauf ankommen, ob der Berechtigte das Recht während der Zeit, in der der Täter ihm die Ausübung entzogen habe, tatsächlich ausüben wolle und an der einzelnen Ausübungshandlung gehindert werde. Die Möglichkeit der tatsächlichen Verwirklichung des Rechts muß vereitelt werden. Die Vereitelung der rechtlichen Verwirklichung ist unmaßgeblich.

Wer das Recht vereitelt, macht die Betätigung des Rechts unmöglich und zwar für immer, eine zeitweilige Verhinderung an dessen Ausübung ist keine Vereitelung, sondern Störung. Da Versuch strafbar ist, ist diese Einschränkung des Begriffs „Vereiteln" gerechtfertigt. Nicht jede Vereitelung der fraglichen Rechte macht straffällig, sondern nur die Vereitelung durch Wegnahme und Zerstörung der Sache.

Im E. 1927 ist die teilweise Vereitelung des Rechts zum ersten Mal aufgeführt. Daß auch in der teilweisen Vereitelung der Rechte vollendete Rechtsvereitelung zu erblicken sei, hat die Auslegung der früheren Entwürfe nicht zugelassen. Folgendes Beispiel diene zur Veranschaulichung. Ein Grundstück, das mit einer Hypothek belastet ist, wird zum großen Teil vom Eigentümer zerstört. Der Hypothekengläubiger wird bei der stattfindenden Zwangsversteigerung nur teilweise befriedigt. Hier Versuchsstrafe eintreten zu lassen, würde dem Rechtsempfinden widersprechen. Die notwendige graduelle Abstufung zwischen vollständiger und teilweiser Vereitelung des Rechts tritt gerade bei hypothezierten Grundstücken besonders in Erscheinung. Gebäudegrundstücke können in der Regel nur teilweise zerstört werden. Teilweise Zerstörung führt auch nur teilweise Vereitelung des Rechts herbei, dessen Inhalt gerade in der Versilberung der von ihm erfaßten Sache besteht, und umgekehrt gestattet die vollständige Zerstörung des Gebäudes trotzdem noch Verwertung des Grundstücks, da dieses dem Zerstörungsakt nicht ausgesetzt ist. Teilweise Vereitelung des Rechts umfaßt sowohl diesen wie jenen Fall. Die Neuerung des E. 1927, wonach teilweise Vereitelung des Rechts mit Vollendungsstrafe bedroht ist, ist zu Recht erfolgt. Wegnahme und Zerstörung der Sache fallen in der Regel mit der Rechtsvereitelung zusammen, gerade die teilweise Zerstörung bildet die Aus-

[1]) KE. 1913, Protokolle 188. Sitzung 1. Lesung.

nahme, durch teilweise Zerstörung der Sache wird u. U. das Recht nicht völlig vereitelt. Diese sachliche Aenderung gegenüber dem geltenden Recht betrifft die Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung.

Teilweise Vereitelung ist nicht zu verwechseln mit zeitweiliger Vereitelung des Rechts. Zwischen Zerstörung, Wegnahme der Sache und Rechtsvereitelung muß Kausalzusammenhang vorliegen. Dies ist durch die Worte: Wer zerstört und d a d u r c h das Recht vereitelt, ausgedrückt.

§ 7.

Das Subjekt des Delikts.

Nicht jedermann, sondern nur der Eigentümer und der zu Gunsten des Eigentümers Handelnde kann Täter des Delikts sein. Die eigene und die fremde bewegliche Sache sind in § 289 StGB. einander gegenüber gestellt. Für den Nichteigentümer ist diese, für den Eigentümer jene Gegenstand des Vergehens. Nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Mitberechtigte kommt als Täter in Betracht[1]).

Ist die weggenommene Sache für den Täter eine fremde, so muß der Wille des Täters darauf gerichtet sein, das Interesse des Eigentümers zu wahren. Das bedeutet in § 289 StGB. die Worte „Wegnahme zu Gunsten des Eigentümers". Nicht will damit gesagt sein, daß der Nichteigentümer objektiv zu Gunsten des Eigentümers handle, daß der Eigentümer einen Vorteil aus dieser Handlung ziehe. Zu Gunsten des Eigentümers handelt der Dritte auch, wenn er zugleich sein eigenes Interesse und das Interesse des Eigentümers fördern will. Für den Nichteigentümer ist damit also lediglich ein subjektives Erfordernis aufgestellt. Der Titel „strafbarer Eigennutz" könnte dazu verführen, den Dritten, der objektiv zu Gunsten des Eigentümers handelt, aber nur sein Interesse im Auge hat, gemäß § 289 StGB. zu bestrafen, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind. Dieser Titel ist aber für die Frage, ob überhaupt bestraft werden soll, und auch sonst ohne jegliche Bedeutung.

Der VE. 1909 hat das Wesen des Delikts ins Gegenteil verkehrt, indem er den Täterkreis auf jedermann erweitert hat.

[1]) RGSt. 17, 358.

Das Wesen des § 289 StGB. besteht weder in der Besitzanmaßung noch in der Rechtsvereitelung an sich, sondern in der vom Eigentümer ausgehenden Vereitelung der fraglichen Rechte durch Besitzentziehung. Diese Erkenntnis fördert auch die Auslegung der Worte „zu Gunsten des Eigentümers". Wenn diesen Worten ein objektiver Sinn zu Grunde gelegt würde, dann würde jeder Nichteigentümer, der z. B. eine Pfandsache im eigenen Interesse wegnehmen würde, der Strafe des § 289 StGB. sich nicht entziehen können. Da nur der Eigentümer als Täter der Rechtsvereitelung berücksichtigt ist, ist auch der Dritte nur strafbar, wenn sein Wille darauf gerichtet ist, dem Interesse des Eigentümers zu dienen. Wäre die objektive Auffassung insoweit richtig, dann wäre auch die rechtswidrige Absicht des Nichteigentümers ganz anders geartet als die des Eigentümers. Hier würde sie den Willen, das Recht des Dritten zu vereiteln, in sich schließen, während dort ein solcher Wille nicht in Betracht kommen könnte.

Der zu Gunsten des Eigentümers Handelnde muß selbst wegnehmen, die Ausführungshandlung selbst vornehmen. Wie wäre es, wenn die ausdrückliche Bestimmung, daß er als Täter anzusehen sei, fehlen würde, wenn nur der Eigentümer als Täter aufgeführt wäre? Er wäre sowohl nach der objektiven als nach der subjektiven Teilnahmetheorie als Gehilfe zu dem Delikt der Pfandkehr zu bestrafen.

Der VE. 1909 hat den Täterkreis auf jeden, der das Recht des Berechtigten vereitelt, ausgedehnt. Diese Bestimmung haben die nachfolgenden Entwürfe mit Recht wieder aufgehoben. Es ist kein Grund zu dieser Erweiterung des Täterkreises vorhanden. Einmal verstößt sie gegen den Grundgedanken des Delikts, und dann ist auch die Tat des dritten Unbeteiligten weniger verwerflich als die vom Eigentümer ausgehende. Im allgemeinen ist ein solcher Eingriff seiner Natur nach vom Eigentümer und den in seinem Interesse Handelnden zu besorgen. Erfolgt dagegen der Eingriff durch einen Dritten ohne Aneignungsabsicht, dann wird entweder Sachbeschädigung oder strafloses furtum usus vorliegen. Gelegentlich wird den Täter die Absicht leiten, ein eigenes Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an der Sache zu begründen. Dies ist derselbe Fall und nicht in dem Maße strafwürdig, daß die Erweiterung befürwortet werden könnte. Der GE. hat diese sog. Lücke schließen wollen, indem er die Wegnahme der Sache ohne Aneignungsabsicht als Sachentziehung besonders unter Strafe gestellt

hat. Auch von dieser Vorschrift hat man Abstand genommen, da die Zweifel berechtigt sind, ob damit die angebliche Lücke des strafrechtlichen Besitzschutzes ausgefüllt sei. Auch der Eigentümer ist nicht gegen jede Besitzentwendung geschützt. Es kann Fälle geben, wo auch für den Eigentümer ein Strafschutz in dieser Richtung angebracht wäre. Aber die allgemeine Pönalisierung der Besitzentwendung würde über das vorhandene Strafbedürfnis weit hinausgehen (s. o. unter Gebrauchsrecht). Die Formulierung der dem VE. 1909 folgenden Entwürfe ist daher vorzuziehen.

Seit dem VE. 1913 soll Täter des Delikts sein nicht nur, wer zu Gunsten des Eigentümers, sondern auch wer mit Einwilligung des Eigentümers wegnimmt. Eigenartigerweise ist der GE. 1911 noch nicht so weit gegangen, obwohl dort die Zerstörung der Sache als Begehungsmittel genannt ist. Die Zerstörung der Sache in Erfüllung eines Auftrags des Eigentümers ist keine Zerstörung zu Gunsten des Eigentümers, aber sie ist eine Zerstörung mit Einwilligung des Eigentümers. Die Erweiterung des Täterkreis auf den mit Einwilligung des Eigentümers Handelnden, ist mit der Einbeziehung der Zerstörung in den Tatbestand dringend geboten. Die Einwilligung des Eigentümers kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Während sonst die Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund abgibt, ist sie hier strafbegründend. Wer ohne Einwilligung des Eigentümers die fremde Sache zerstört, kann wegen Sachbeschädigung zur Strafe gezogen werden. Wer irrtümlicherweise die Einwilligung des Eigentümers bei Wegnahme der Sache annimmt, handelt jedenfalls zu Gunsten des Eigentümers. Ueberhaupt ist in der Regel bei tatsächlich vorhandener Einwilligung des Eigentümers auch ein Handeln zu dessen Gunsten anzunehmen.

§ 8.

Der subjektive Tatbestand.

Die rechtswidrige Absicht, von welcher der Täter geleitet sein muß, ist ebenso wenig Vorsatz wie Beweggrund. Vorsatz ist der auf Verwirklichung des Delikttatbestandes gerichtete Wille, das Wissen und Wollen sämtlicher Deliktmerkmale. Nicht das Wissen davon, nicht ihre Vorstellung allein genügt dafür. Wer es bei der Bestimmtheit der Voraussicht als notwendig, wahrscheinlich, möglich dafür bewenden läßt, verwässert den Vor-

satzbegriff. Auch wer die bestimmte Erwartung hegt, der Erfolg werde ausbleiben, und dadurch zum rechtswidrigen Handeln bestimmt wird, würde danach vorsätzlich handeln, während dieser Fall gerade die typische bewußte Fahrlässigkeit darstellt. Gewöhnlich gehen die Vertreter der Vorstellungstheorie darüber hinaus und erfordern ergänzend eine intensivere seelische Beziehung des Täters zum Erfolg, und dies ist nichts anderes als das Wollen des Erfolgs. Im engsten Sinne sind gewollt die Folgen, die als wünschenswert erstrebt sind. Darunter fallen auch die mit den erstrebten als notwendig verbunden vorgestellten Folgen. Dies sind die als notwendig verbunden vorgestellten Mittel zum Zweck und ebensolche weiteren Folgen und Nebenfolgen [1]). Dieser sog. dolus directus steht dem dolus eventualis gegenüber. Hier stehen die wahrscheinlichen, möglichen Folgen der Tat in Frage, die dem Täter gleichgültig, nicht erwünscht sind, während gerade die erwünschten, erstrebten Folgen das Wesen des direkten Vorsatzes ausmachen. Dagegen hat der sog. dolus eventualis mit der bewußten Fahrlässigkeit nur dies gemeinsam, daß es sich bei beiden um die möglichen Folgen der Tat handelt. Dolus eventualis liegt vor, wenn dem Täter der Eintritt des erstrebten Erfolgs zusammen mit dem rechtswidrigen Erfolg lieber war als der Verzicht auf seine Tat. Bewußte Fahrlässigkeit dagegen, wenn die Hoffnung auf das Ausbleiben des rechtswidrigen Erfolges entscheidend für die Vornahme der Handlung war [2]). Diese Abgrenzung ist für den Tatbestand des § 289 StGB. nicht so sehr von Bedeutung, als die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Absicht. Das Wort Absicht ist im StGB. in verschiedener Weise gebraucht. In den §§ 43 und 266 StGB. (Versuch und Untreue) bedeutet es nichts anderes als Vorsatz. Dagegen zur Bezeichnung des erstrebten Ziels des Täters d. h. der als wünschenswert erstrebten Folgen der Tat einschl. der Mittel zum Zweck z. B. bei Diebstahl. Hier kann der erstrebte Zweck z. B. Wohltätigkeit sein, so daß die Zueignung Mittel zum Zweck wäre. Schließlich dient das Wort Absicht zur Kennzeichnung des direkten Vorsatzes im Gegensatz zum dolus eventualis. Bei dem unmittelbar der Pfandkehr vorausgehenden Delikt der Vollstreckungsvereitelung erschöpft sich der subjektive Tatbestand in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln. Hier wie in § 289 StGB.

---

[1]) Hippel II § 23, 3 S. 310.

[2]) Hippel II § 23, 5 b S. 313.

ist unter Absicht der direkte Vorsatz mit Ausschluß des dolus eventualis zu verstehen. Der auf die Wegnahme der Sache und die Verletzung des an der Sache bestehenden Rechts des Nutznießers usw. gerichtete bestimmte Wille ist entscheidend, ohne daß diese Verletzung der Endzweck des Handelns, das Motiv für die Tat zu sein braucht. Die Absicht des § 289 StGB. unterscheidet sich z. B. von der des § 242 und des § 274 StGB. Hier ist der Absichtsbegriff enger. In § 242 StGB. ist Wegnahme in der Absicht rechtswidriger Zueignung der Sache gefordert. Absicht hat hier den oben an erster Stelle genannten Sinn. Der Heilige Crispinus, der dem Schuster Leder stiehlt, um aus dem Leder Schuhe für die Armen anfertigen zu lassen, hat sich nach geltendem deutschen Strafrecht des Diebstahls schuldig gemacht. Sein Wunsch und Ziel ist Wohltätigkeit; um Wohltätigkeit üben zu können, entzieht er den Schustern das Leder, diese Zueignung ist Mittel zum Zwecke dieser Wohltätigkeit. Nicht anders bei der Urkundenunterdrückung i. S. des § 274 StGB., die nach der subjektiven Seite die Absicht, einem anderen Nachteil (e) zuzufügen, voraussetzt. Der bestimmte Wille des Täters muß hier auf das Ziel der Benachteiligung gerichtet gewesen sein, wenn dieses Ziel auch nicht der Endzweck des Handelns zu sein braucht, sich vielmehr mit dem zunächst ins Auge gefaßten Zweck der Benachteiligung sich ein weiterer Zweck verbinden kann, der sich als Endzweck und Beweggrund des Handels darstellt. Wenn also die Benachteiligung nur Mittel zu einem weiteren Zweck ist, dann kann von dieser Absicht gesprochen werden. Ist dagegen die Benachteiligung eine als notwendig mit dem Handeln verbunden vorgestellte weitere Folge, z. B. der Absicht sich Vorteile zu verschaffen, dann entfällt der Tatbestand des § 274 StGB. Z. B. Rechtsanwalt A gebraucht als Vertreter des B im Prozeß des B gegen C unberechtigterweise einen Brief, der an C adressiert ist und aus dem hervorgeht, daß C als Angestellter des B sich des unlauteren Wettbewerbes B gegenüber schuldig gemacht habe. Die Benutzung des Briefes durch A bringt seiner Partei den Vorteil, daß diese den Prozeß gewinnt, die notwendige Folge ist Prozeßverlust des C. Dieser Schaden ist aber nicht beabsichtigt i. S. des § 274 StGB., sondern nur der Vorteil des Prozeßgewinnes. Rechtsanwalt A geht daher straflos aus [1]).

---

[1]) Hippel, JW. 56, Dez. 1927 S. 3038 ff.

Angewandt auf den Tatbestand des § 289 StGB. ergeben die vorausgehenden Ausführungen folgendes: Da Absicht i. S. dieser Gesetzesstelle ein Mehr gegenüber dem Absichtsbegriff der vorgenannten Gesetzesstellen bedeutet und da sie das gesamte Gebiet des dolus directus umfaßt, so ist die Grenze zwischen Absicht i. e. S. und in dem anderen Sinne des dolus directus nicht zu ziehen, weil der letztgenannte Absichtsbegriff die Absicht i. e. S. mit einbegreift, während der dolus eventualis ausgeschlossen ist. Sofern also für den Täter Schadenszufügung oder Erlangung eigenen Vorteils Beweggrund des Handelns ist, so beabsichtigt er die Rechtsvereitelung i. S. des § 289 StGB. Hier ist ihm die Rechtsvereitelung Mittel zum Zweck. Dieses beabsichtigte Mehr der Schadenszufügung ist also nicht erforderlich, aber genügend, um die Strafe des § 289 nach sich zu ziehen. Ebenso verhält es sich mit der Erstrebung eines Vorteils. Der rückende Mieter bezweckt nicht seine Bereicherung, es genügt, daß er den bestimmten Willen habe, das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters dadurch zu verletzen. Der Eigentümer einer Sache dagegen, der sie dem Nießbraucher entzieht, um den Nutzen, den sie abwirft, für sich selbst in Anspruch zu nehmen, bezweckt in erster Linie seinen eigenen Nutzen. Die vorausgehende Rechtsvereitelung ist aber als notwendig damit verbunden vorgestelltes Mittel zum Zweck mitgewollt. Um bei dem letztgenannten Beispiele zu bleiben: Der Eigentümer nimmt in diesem Falle die Sache weg, um sie reparieren zu lassen. Hier wäre Rechtsvereitelung die notwendige Folge und damit wäre auch die innere Tatseite gegeben, wenn nicht zur Rechtsvereitelung dauernde Entziehung der Sache gehören würde. Eine nur vorübergehende Entziehung kann u. U. die Strafe der versuchten Pfandkehr im Gefolge haben. Zwischen Absicht und Versuch besteht ein gewisser Zusammenhang. In § 242 StGB. ist die Tat schon vollendet mit der Wegnahme, nicht erst mit der Zueignung. Diese ist nicht zum objektiven Tatbestandsmerkmal erhoben. Das Gesetz läßt es bei der Wegnahme in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung bewenden. Auch nach § 289 StGB. ist die Tat mit der Wegnahme vollendet, vom Eintritt der Rechtsvereitelung sieht es dabei ab. Die Anwendungsfälle der Vollendungsstrafe sind daher auf Kosten des Versuchs erweitert, weil schon Wegnahme mit der Absicht der Rechtsvereitelung zur Vollendung genügt. Aus diesem Grunde hat eine einschränkende Auslegung der Frage, wann Vollendung vorliege, Berechtigung, namentlich da, wo Versuchs-

strafe angedroht ist. Im obigen Fall der vorübergehenden Entziehung ist die Rechtsvereitelung zwar als mitgewollt beabsichtigt, aber da sie nicht dauernd ist und versuchte Pfandkehr strafbar ist, liegt kein Grund vor, sie nicht der Versuchsstrafe zu unterstellen, wenn im übrigen die Voraussetzungen des Versuchs der Pfandkehr erfüllt sind.

Wenn das Bestehen des Pfandrechts oder Nießbrauchs dem Eigentümer zweifelhaft ist und er trotzdem die Sache wegnimmt, die Tat begeht, wenn ihm also gleichgültig ist, ob dadurch eines der in Frage stehenden Rechte verletzt wird, so liegt der typische Fall des dolus eventualis vor. Ob dann diese etwaige Folge ihm derart unerwünscht ist, daß die Erwartung, sie möge ausbleiben, ihn zur Vornahme der Handlung bewegt, ist unerheblich, da sogar der dolus eventualis aus dem Geltungsbereich des § 289 StGB. völlig auszuscheiden ist, wie viel mehr die bewußte Fahrlässigkeit.

Die Ansicht Bindings [1]) und Lobes [2]), daß hier Vorsatz, Absicht dem Vorsatz einschl. des dolus eventualis gleichzustellen wäre, kann nicht geteilt werden. Sie steht auch im Widerspruch zu der herrschenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung wonach hier unter Absicht der bestimmte Wille durch Wegnahme der Sache das fragliche Recht zu verletzen, verstanden wird [3]). Mit Recht verweist Ebermayer auf den unmittelbar vorangehenden § 288 StGB. Diese Stelle hat mit § 289 StGB. gemeinsam, daß sie gegen die Realisierung fremder Vermögensrechte gerichtet sind. Im Falle des § 288 StGB. wird die künftige Besitzergreifung gehindert, in dem des § 289 StGB. der bestehende Besitz oder besitzähnlicher Zustand aufgehoben. Die beiden Tatbestände bezüglich des inneren Tatbestandes abweichend zu behandeln liegt kein Grund vor.

In r e c h t s w i d r i g e r Absicht hat die Wegnahme zu erfolgen. Die objektive Rechtswidrigkeit wird als notwendiges Begriffsmerkmal des Verbrechens in den einzelnen Deliktstatbeständen nicht erwähnt, weil sie sich grundsätzlich aus der Strafdrohung ergibt. Wo das Wort „rechtswidrig" im Tatbestand aufgeführt ist, hat es verschiedene Bedeutung. Einmal bedeutet es wider den Willen des Berechtigten, dann pflichtwidrig,

---

[1]) Binding Lb. 1, 320.
[2]) Lobe, S. 63.
[3]) Ebermayer 8 zu § 289, Harburger 325, Olshausen 11.

schließlich soll der Richter mitunter dadurch auf das Bestehen außerstrafrechtlicher Rechtssätze hingewiesen werden. In allen diesen Fällen ist das Wort entbehrlich und zweideutig. Sachlich notwendig ist es da, wo es zum Wesen des einzelnen Deliktstatbestandes gehört, daß der Täter bewußt gegen die Rechtsordnung verstößt, so z. B. beim Diebstahl und beim Betrug. Die Ansicht des RG. und eines Teiles der Literatur, daß überall, wo rechtswidrig genannt sei, die Rechtswidrigkeit Tatbestandsmerkmal i. S. des § 259 StGB. sei, ist unrichtig. Es ist Frage der Auslegung im Einzelfall, was der Ausdruck rechtswidrig zu bedeuten hat. Wenn in § 289 StGB. von rechtswidriger Absicht die Rede ist, so soll damit nicht gesagt sein, daß die innere Tatseite das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit umfasse.

Der Vorsatz fehlt, wenn infolge Irrtums die Vorstellung irgend welchen Deliktsmerkmals fehlt. Der Irrtum über die Art der Sicherung als Pfand oder als Retentionsrecht ist als Irrtum über die Art des Rechtsverhältnisses irrelevant. Dagegen ist der Vorsatz ausgeschlossen, wenn der Täter glaubt, dem Gläubiger stehe kein Pfand- oder Retentionsrecht zu und er somit in Putativselbsthilfe handelt. Fahrlässige Rechtsvereitelung ist nicht strafbar, § 59 Abs. 2 StGB. kommt nicht zum Zug, eventl. Vorsatz scheidet ebenfalls aus (s. oben), der Täter ist also straflos. Die Straflosigkeit des Abs. 5 § 289 StGB. ist persönlicher Strafausschließungsgrund. Die Rechtswidrigkeit der Tat und die Schuld des Täters bleibt unberührt. Die Kenntnis der Straflosigkeit ist für den Vorsatz nicht erforderlich, die irrige Annahme, der Verletzte sei ein Ehegatte usw. schließt den Vorsatz nicht aus. Dagegen geht straflos aus der Nichteigentümer, der die fremde Sache irrtümlich für die seinige hält. Beim gesetzlichen Vermieterpfandrecht ist die ausdrückliche Geltendmachung des Rechts durch den Vermieter zwar für den objektiven Tatbestand erheblich, aber sie gewinnt für die subjektive Seite erhöhte Bedeutung, der Mieter kann nicht mehr einwenden, er habe das Einverständnis des Vermieters zur Wegnahme angenommen.

Subjektiv wird für den Fall, daß das Objekt eine fremde Sache ist, als Erfordernis aufgestellt, daß die Wegnahme zu Gunsten des Eigentümers der Sache erfolge. Gerade weil auch dieser Dritte in rechtswidriger Absicht gehandelt haben muß, ist ein Grund, warum das Handeln zu Gunsten des Eigentümers nicht ein äußeres, sondern ein inneres Moment bildet (s. oben).

Im übrigen ist der Vorsatz des Nichteigentümers derselbe wie der des Eigentümers.

Sämtliche Entwürfe mit Ausnahme des VE. 1909 sehen davon ab, ausdrücklich eine bestimmte Schuldart Vorsatz oder Absicht zu erfordern. Der VE. 1909 bedroht noch die „absichtliche" Rechtsvereitelung mit Strafe. Der GE. 1911 hat dieses Moment fallen lassen. Es würde eine unbegründete Einengung des Tatbestandes der Rechtsvereitelung bedeuten. Die Vollendung der Rechtsvereitelung tritt nach VE. 1909 erst mit der Vereitelung des Rechts ein. Nach § 289 reicht der bestimmte Wille des Täters aus, das Recht zu vereiteln und die Wegnahme verbunden mit diesem Willen läßt den § 289 StGB. in volle Wirksamkeit treten. Jetzt ist dies erst dann der Fall, wenn nicht bloß subjektiv Rechtsvereitelung gewollt ist, sondern diese nach außen in Erscheinung getreten ist. Diese Einengung des objektiven Tatbestandes hat die Erweiterung des subjektiven zur Folge. Nicht erst die Absicht der Rechtsvereitelung, der auf die Rechtsvereitelung gerichtete direkte Vorsatz, sondern der Vorsatz mit Einschluß des dolus eventualis führt die Strafe der Rechtsvereitelung herbei. Es ist unerfindlich, warum der VE. diesen Schritt nicht schon getan hat. Im Schrifttum ist diese Fassung des § 294 VE. auch heftig angefochten worden. In § 59 Abs. 2 VE. ist eine Legaldefinition für Absicht gegeben. Danach soll Absicht den engsten Sinn erhalten, der ihm seither beigelegt worden ist. Schon im Geltungsbereich des § 289 StGB. ist dies nicht der Fall, um so weniger war es angemessen, im § 294 VE. auf Absicht abzustellen, zumal da der Erfolg der Rechtsvereitelung in den äußeren Tatbestand einbezogen worden ist. Es mag die ungerechtfertigte Ausdehnung des Täterkreises auf jedermann dazu beigetragen haben. Mit Recht hebt Kitzinger[1]) hervor, daß straflos bliebe, wer in der Absicht handle, die Sache für sich zu besitzen. Rechtsvereitelung wäre die Folge, Absicht im engsten Sinne umfaßt nicht die mit den erwünschten Folgen als notwendig verbunden vorgestellte Folge.

Sämtliche Entwürfe haben im großen ganzen die Legaldefinition der Absicht mit kleinen Abweichungen in der Fassung beibehalten. Da aber nicht mehr absichtliche Rechtsvereitelung, sondern nur vorsätzliche mit Strafe bedroht ist, so braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden. Seit dem KE. 1913 ist

[1]) ZStW. 31, 218; Binding GS. 77, 35, 52.

auch der mit Einwilligung des Eigentümers Handelnde Täter. Diese Einwilligung muß nicht nur objektiv vorliegen, ausdrücklich vom Eigentümer gegeben sein, auch subjektiv muß der Dritte die Einwilligung des Eigentümers annehmen. Glaubt der Dritte, der Eigentümer habe eingewilligt, so geht er straffrei aus. Ist der Irrtum nicht entschuldbar, so kann nach § 20 E. 1927 in Verbindung mit § 73 das. die Strafe gemildert werden.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Regelung des letzten E. 1927, soweit sie den subjektiven Tatbestand der Rechtsvereitelung betrifft, befriedigt. Vorsätzliche Rechtsvereitelung ist nach der inneren Tatseite erforderlich und genügend, der eventl. Vorsatz ist eingeschlossen, gerade weil die äußere Tatseite eine Einengung erfahren hat. Rechtswidrige Absicht zu erfordern, würde zu weit gehen, wenn der Absichtsbegriff der Entwürfe zu Grunde gelegt wird. Wenn zwar Zerstörung der Sache meist aus Rache oder Aerger geschieht und dies der Endzweck des Handelns des Täters ist, so daß die Rechtsvereitelung als beabsichtigtes Mittel zum Zweck erscheint, und hier absichtliches Handeln i. S. der Entwürfe vorliegt, so ist dies doch nicht stets der Fall bei der Wegnahme. Hier ist die Rechtsvereitelung vielfach die Folge der Wegnahme, die Rechtsvereitelung wäre dann nicht beabsichtigt und dieser Sachverhalt würde ins Leere fallen.

§ 9.

Die Erscheinungsformen des Vergehens.

1. Versuch.

Der Versuch des Vergehens ist in Abs. 3 für strafbar erklärt: Die zeitlich aufeinanderfolgenden Stufen der Verbrechensentwicklung sind Vorbereitung, Versuch, Vollendung. Zur Vollendung gehört Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale. Fehlt eines dieser Merkmale, dann kann u. U. der Versuch gegeben sein. Der Vorsatz ist in allen 3 Stadien derselbe, er richtet sich auf die Vollendung der Tat. Die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch gibt das Gesetz in § 43 StGB. an die Hand. Versuch ist Anfang der Ausführung des gewollten Verbrechens. Die Ausführungshandlung ist Tatbestandshandlung des einzelnen Delikts. Was nicht Tatbestandshandlung ist, was

insbesondere ihr nur erleichternd und fördernd zeitlich vorangeht, ist Vorbereitungshandlung. Ausführungshandlungen sind aber auch schon die Handlungen, welche vermöge der unmittelbaren Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung nach der natürlichen Auffassung als deren Bestandteile erscheinen [1]). Für die Möglichkeit straffreien Rücktritts wird zwischen beendigtem und unbeendigtem Versuch unterschieden. Für die strafrechtliche Würdigung der Fälle des untauglichen Versuchs ist die Lehre vom Mangel am Tatbestand entwickelt worden. Unter welchen Voraussetzungen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs eintritt, kann hier unerörtert bleiben, es wird daher auch auf die Lehre vom Mangel am Tatbestand nicht näher eingegangen. Das RG. vertritt in der Versuchslehre eine andere Auffassung als die oben vorgetragene. Danach ist für die Strafbarkeit des Versuchs nur der verbrecherische Wille entscheidend, auch sie gewinnt lediglich bei der Lehre vom untauglichen Versuch erhöhte Bedeutung, wird daher hier nur gestreift. Das RG. stützt seine Ansicht hauptsächlich auf folgende Erwägungen: Jede Handlung, die den Erfolg nicht herbeigeführt hat, kann diesen Erfolg unter den gegebenen Umständen des einzelnen Falles auch nicht bewirken, es sei damit unwiderleglich bewiesen, daß sie das in Frage stehende Rechtsgut nicht habe verletzen und objektiv nicht habe gefährden können. Besteht aber der Versuch nicht in der Verletzung und nicht in der objektiven Gefährdung, so kann er nur in der Kundgebung eines auf die Verletzung gerichteten Willens durch eine äußere Handlung bestehen, welche über die Grenze der Vorbereitungshandlung hinausgegangen ist. Die fehlerhafte Begründung des RG., daß der Versuch nicht objektiv gefährlich sei, liegt in der Beurteilung des Einzelfalles ex post und nicht ex ante. Der verbrecherische Wille ist stets derselbe bei Vollendung wie beim Versuch. Das Gesetz bestraft den Versuch milder, es kann daher der verbrecherische Wille nicht zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch dienen. Das RG. schießt weit über das Ziel hinaus; die subjektive Theorie, die von ihm vertreten wird, wird wesentlich eingeschränkt durch die objektive Theorie, die hier angewandt werden soll.

Die Ausführungshandlung ist also maßgebend dafür, wie Vorbereitung und Versuch abzugrenzen ist. Ist mit der Ausführungshandlung begonnen, dann ist schon die Grenze der Vorbereitung überschritten, bleibt die Handlung hinter der Aus-

[1]) Frank § 43, 2 b; RGSt. 54, 53.

führungshandlung zurück, kann nur von Vorbereitung gesprochen werden. Die Tatbestandshandlung, damit die Ausführungshandlung in § 289 StGB. ist die Wegnahme der Sache. Versuch liegt vor, wenn der Täter mit der Wegnahme begonnen hat. Meist vollzieht sich die Wegnahme in einem einzigen Akte, daher ist der versuchten Pfandkehr nur beschränkte Anwendbarkeit gegeben [1]). Ein strafbarer Versuch liegt z. B. darin, daß der Mieter die dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters unterliegenden Sachen in eine andere Mietwohnung desselben Hauses verbracht hat, um sie später aus dem Hause fortzuschaffen und so dem Machtbereich des Vermieters zu entziehen [2]). In dem Abschluß eines Kaufvertrags über Früchte auf dem Halm kann nur eine straflose Vorbereitungshandlung gesehen werden [3]).

Die Entwürfe stimmen, was die Begriffsbestimmung des Versuchs betrifft, mit dem geltenden Recht überein, ebenso in der Bestrafung, der Versuch wird milder bestraft als die Vollendung. Im Gegensatz zum geltenden Recht ist aber in dem größten Teil der Entwürfe auf den Erfolg der Rechtsvereitelung abgestellt. Vollendet ist die Tat erst damit, daß das fragliche Recht durch die Wegnahme oder Zerstörung vereitelt worden ist. Ist durch diese Handlung dieser Erfolg nicht erzielt worden, dann taucht die Frage des Versuchs auf. In der großen Zahl der Fälle trifft mit der Wegnahme der Sache auch die Rechtsvereitelung zusammen. Ist also die Wegnahme vollendet, so ist auch der Tatbestand der Rechtsvereitelung vollendet. Ein Beispiel, in dem dies nicht der Fall ist, bietet folgender Sachverhalt: A verpfändet dem B eine Aktie. Diese Aktie ist in 3 Monaten fällig. Nach Ablauf eines Monats nimmt A dem B die Aktie weg, nach Verlauf eines weiteren Monats erfaßt ihn Reue und er bringt sie dem B wieder zurück. Vor Eintritt der Fälligkeit ist also B wieder im Besitz der Aktie und kann sein Pfandrecht daran geltend machen, das Recht ist trotz Wegnahme der Sache nicht vereitelt. Während nach § 289 StGB. hier Strafe eintritt, ist dieser Fall z. B. nach dem E. 1927 § 27 wegen Rücktritts vom Versuch straflos. Während sonst das Gesetz das Verhalten des Täters mit einem Tätigkeitswort kennzeichnet, oder dabei die Anwendung eines besonderen Mittels, oder zur Vollendung mehrere Tätigkeiten hintereinander

[1]) Olshausen § 242, 39.
[2]) RGSt. 41, 397.
[3]) Goltd. Arch. 48, 127.

verlangt, ist hier ein durch eine bestimmte Handlung herbeigeführter besonders gearteter Erfolg zur Vollendung des Delikts erforderlich. Die Zahl der Fälle, wo die Tätigkeitshandlung nicht ohne weiteres den Erfolg der Rechtsvereitelung nach sich zieht, steigert sich bei dem anderen Begehungsmittel, nämlich bei der Zerstörung. Trotz Zerstörung einer Sache kann das Recht noch teilweise ausgeübt werden. Z. B. bei Zerstörung der Grundstücksbestandteile. Dies rührt daher, daß die Hypothek nicht bloß eine Sache, sondern mehrere Gegenstände umfaßt. Bei völliger Zerstörung der einen Sache ist noch die teilweise Ausübung des Rechtes möglich und zwar deshalb, weil die anderen Gegenstände noch unversehrt sind. Umgekehrt bildet es den Regelfall, daß bei teilweiser Zerstörung auch das Recht noch teilweise ausgeübt werden kann. Mit Recht hat der E. 1927 daher die Vollendung des Delikts auf teilweise Vereitelung des Rechts abgestellt. Die Abgrenzung des Versuchs von der Vollendung ist dadurch erleichtert. Die Zerstörung von Grundstücksbestandteilen kann das Hypothekenrecht völlig unberührt lassen. Schon oben ist ausgeführt worden, daß die Worte „Ausübung des Rechts" die Möglichkeit der Ausübung in sich schließen. Nicht darauf kommt es an, ob der Hypothekengläubiger das Recht ausüben w i l l, oder darauf, ob er es ausüben k a n n. Gehören die Bestandteile n i c h t z u m Z u b e h ö r des Grundstücks, so kann er das Recht auch im Wege der Mobiliarvollstreckung geltend machen. Wenn sie zerstört sind, dann ist ihm diese Möglichkeit genommen, also liegt teilweise Vereitelung des Rechts vor. Gehören diese Bestandteile z u m Z u b e h ö r, so kann der Hypothekengläubiger zwar nicht im Wege der Mobiliarvollstreckung gemäß § 865 ZPO. sein Recht geltend machen, sondern nur im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks. Hat nun dasselbe zu gelten, kann hier von einer teilweisen Vereitelung des Rechts die Rede sein, trotzdem der Erlös aus der Zwangsversteigerung des Grundstücks aller Voraussicht nach seine Hypothek decken wird? Die Beschlagnahme umfaßt das Zubehör § 21 ZVG. Grundstück und Zubehör sind insofern zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden. Gemäß § 55 ZVG. wird auch das Zubehör mit versteigert. Grundstück und Zubehör können also nicht auseinander gehalten werden und es kann nicht folgendermaßen argumentiert werden: Das Grundstück allein ohne Zubehör ergibt bei der Zwangsversteigerung völlige Befriedigung des Hypothekengläubigers, die Zerstörung des Zubehörs ist daher ohne

Einfluß auf das Befriedigungsrecht des Gläubigers, die Möglichkeit der Ausübung des Rechts ist nicht vereitelt. Im Gegenteil! Weil Grundstück und Zubehör bei der Versteigerung eine Einheit bilden, ist dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, sein Recht bezügl. des Zubehörs durch Antrag auf Zwangsversteigerung des Grundstücks auszuüben. Die Zerstörung des Zubehörs benimmt dem Gläubiger teilweise diese Möglichkeit, es ist also in dieser Handlung eine teilweise Vereitelung des Rechts und daher vollendete Rechtsvereitelung zu erblicken. Versuchte Rechtsvereitelung kommt nicht in Frage, weil schon teilweise Vereitelung des Rechts zur Vollendung genügt.

In E. 1925 macht auf der einen Seite teilweise Zerstörung, auf der anderen Seite Vereitelung des Rechts im vollen Umfang den Tatbestand der Rechtsvereitelung aus. Die obigen Fälle haben bei der juristischen Beurteilung Schwierigkeiten bereitet. Teilweise Zerstörung der Sache kann nicht angenommen werden, wenn teilweise Vereitelung des Rechts vorliegt. Wenn die völlige Zerstörung der Sache zur Folge hat, daß das Recht nur in beschränktem Maße vereitelt wird, dann ist eben der Erfolg nicht eingetreten und das Delikt trotz Beendigung der Handlung nicht vollendet. Es hat dem natürlichen Rechtsempfinden widerstrebt, diese Fälle unter den Versuch einzureihen. Die Erweiterung des Tatbestandes dahin, daß teilweise Rechtsvereitelung schon die vollendete Straftat darstelle, ist daher gerechtfertigt.

Im übrigen gilt für den E. 27 wie für den § 289 StGB.: der Anfang der Ausführung der Tatbestandshandlung hier des Wegnehmens und dort auch des Beschädigens und Zerstörens ist Versuch, sobald damit begonnen ist. Sobald der Täter die Handlung für abgeschlossen hält, liegt beendeter, hält er sie für noch der Fortsetzung bedürftig, nicht beendeter Versuch vor. Je nachdem das eine oder andere im Einzelfall sich ergibt, ist die Frage des Rücktritts vom Versuch verschieden zu beurteilen. § 27 des E. 1927 hebt diesen Unterschied in Abs. 1 und Abs. 2 hervor. Abs. 1 lautet: Wer aus freien Stücken die Ausführung aufgibt, ... Abs. 2: Wer aus freien Stücken den zur Vollendung gehörigen Erfolg abwendet. In dem obigen Beispiel der Verpfändung der Aktie liegt beendeter Versuch vor. Ein Beispiel für nicht beendeten Versuch ist die Verbringung einer Mietsache in eine andere Mietswohnung desselben Hauses.

2. Teilnahme.

§ 289 StGB. ist kein sog. Sonderdelikt (delictum proprium). Ein solches Delikt zeichnet sich vor andern dadurch aus, daß es nur die im Tatbestand bezeichneten bestimmten Personen als physische Täter begehen können. Im § 289 StGB. kann nicht bloß der Eigentümer, sondern jeder Dritte, sofern er zu Gunsten des Eigentümers handelt, Täter sein. Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze der Teilnahme. Wenngleich schon das Handeln des Nichteigentümers zu Gunsten des Eigentümers, wie oben gezeigt (S. 51), als Beihilfe zu qualifizieren wäre, wenn sich allein gegen den Eigentümer die Strafdrohung richten würde, so sind damit die möglichen Teilnahmeformen nicht erschöpft. Der Dritte, der die Handlung zu Gunsten des Eigentümers ausführt, ist nach ausdrücklicher Vorschrift Täter, er kann sich aber ebenso sehr der Anstiftung wie der Beihilfe zu diesem Vergehen schuldig machen wie der Eigentümer selbst. Die Teilnahmeformen sind, wenn man Teilnahme i. w. S. faßt: Mittäterschaft, Anstiftung, Beihilfe und der im Gesetz nicht geregelte Fall der mittelbaren Täterschaft. Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe fordern vorsätzliches, auf die Vollendung gerichtetes Zusammenwirken der Beteiligten und die Begehung einer strafbaren Haupttat des Täters mindestens auf der Stufe des Versuchs [1]). Die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe hat nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen. Täter bezw. Mittäter ist, wer die Ausführungshandlung, Tatbestandshandlung; Gehilfe, wer andere Handlungen vorbereitungsweise oder bloß unterstützende Handlungen zur Zeit der Ausführung vornimmt [2]). Das RG. vertritt die subjektive Theorie. Danach ist für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe entscheidend, das Wollen der Tat als eigene und das Wollen der Tat als fremde. In diesem Falle soll Beihilfe, in jenem Falle Mittäterschaft vorliegen. Diese Unterscheidung führt zu unsicheren Ergebnissen und viele Fälle der Beihilfe werden unberechtigterweise der Strafe der Mittäterschaft unterstellt. Anstiftung ist die vorsätzliche Bestimmung des Täters zur Tat gleichgültig mit welchen Mitteln. Sie ist bei allen Delikten strafbar, während die Beihilfe nur bei Verbrechen und Vergehen strafbar ist. Der Mittäter ist nur Teilnehmer im uneigentlichen Sinne, die Accessiorität der Teilnahme i. e. S. gilt für sie nicht. Gemeinschaft-

[1]) Hippel II § 32 S. 452.

[2]) Hippel II § 32 S. 454.

licher Entschluß und gemeinschaftliche Ausführung kennzeichnet die in Mittäterschaft begangene Handlung.

Dadurch, daß der größte Teil der Entwürfe den mit Einwilligung des Eigentümers dem zu Gunsten des Eigentümers Handelnden gleichgestellt hat, haben sie zwar den Täterkreis erweitert, aber nichts darüber bestimmt, ob der Eigentümer, der seine ausdrückliche Einwilligung zur Tat dem Dritten gegenüber erklärt hat, u. U. als Teilnehmer strafbar sei. Nicht immer ist hier der Eigentümer Anstifter. Sobald aber seine Einwilligung in Auffordern, Bestimmen übergeht und der Dritte auf Grund dieser Bestimmung zur Ausführung schreitet, dann sind die Voraussetzungen der Anstiftung erfüllt. Anstiftung ist nach den Entwürfen auch gegeben, wenn eine strafbare Haupttat entfällt, die Lehre von der Accessorietät der Teilnahme hat in den Entwürfen keine Aufnahme gefunden. So in K.E. 1913 § 36, 3, 4; E. 1927 § 31.

§ 289 Abs. 5 in Verbindung mit § 247 Abs. 2 StGB. bestimmt, daß Pfandkehr zwischen Ehegatten usw. straflos bleibe. Infolge richtiger Durchführung des Gedankens, daß es sich hier um einen persönlichen Strafausschließungsgrund handelt, daß also die Tat des Haupttäters trotz ausdrücklich bestimmter Straflosigkeit schuldhaft rechtswidrig sei, ist in Abs. 3 des § 247 festgelegt, daß diese Bestimmung auf Teilnehmer oder Begünstiger, welche nicht in einem derartigen persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung finde. Unter Teilnehmern sind hier Mittäter, Anstifter und Gehilfen zu verstehen. Auf den Begünstiger soll lt. ausdrücklicher Bestimmung die Straffreiheit des Begünstigten nach Abs. 2 zutreffen, sofern er in einem derartigen persönlichen Verhältnisse steht. Der Sachhehler des § 258 StGB. ist damit nicht mitbetroffen, auch auf den Hehler ist diese Bestimmung nicht ausgedehnt worden.

Nur die Entwürfe 1909, 1911 und die Strafrechtskonferenz 1927 haben bestimmten Angehörigen die Vergünstigung der Straffreiheit gewährt. Was die Teilnehmer und Begünstiger an der so straflosen Tat betrifft, darüber ist im Gegensatz zu § 289 StGB. nichts näheres geregelt. Die allgemeinen Vorschriften der Entwürfe sind für die Entscheidung heranzuziehen. Diese Entscheidung fällt nicht schwer, da die Accessorietät der Teilnahme aufgehoben ist. Wenn der fragliche Angehörige sich als Anstifter oder Gehilfe an der Tat des Fremden beteiligt, so ist kraft eines argumentum amaiori ad minus zu schließen, daß der

Angehörige straflos sei. Wenn er schon als Täter straflos ausgeht, dann um so mehr als Teilnehmer.

§ 10.

Konkurrenzfälle.

Das StGB. handelt im 5. Abschn. von dem Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen. § 73 regelt den Fall, wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, § 74 den andern Fall, wonach durch mehrere selbsbändige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen oder dasselbe Vergehen mehrmals begangen wird. Die Ueberschrift könnte dazu verleiten, auch den in § 73 StGB. aufgeführten Fall als eine Konkurrenz mehrerer Verbrechen anzusehen. Dies trifft nicht zu, eine schuldhafte Handlung ist nur ein Verbrechen, auch wenn sie unter mehrere Strafgesetze fällt. Der Ausdruck „strafbare Handlung" ist abstrakt i. S. von Gesetzesverletzungen zu verstehen, während das Wort Handlung in §§ 73 und 74 StGB. den konkreten Vorgang der schuldhaften Tat bezeichnet.

Die Idealkonkurrenz des § 73 StGB. liegt vor, wenn im Einzelfalle die Ausführungshandlung für mehrere Delikte ganz oder teilweise identisch ist. Teilweise Identität der Ausführungshandlung liegt z. B. vor, wenn jemand eine gefälschte Urkunde einem Dritten vorlegt, um von ihr Gebrauch zu machen. Das Vorlegen zwecks Täuschung ist dem Betrugstatbestand und der Urkundenfälschung gemeinsam. Zu der Urkundenfälschung tritt hinzu das Täuschen, zum Betrug der Abschluß der Täuschung durch weitere mündliche irrtumserregende Erklärung. Fallen die Ausführungshandlungen zeitlich und räumlich auseinander, bilden sie aber in natürlichem Sinne einen einheitlichen Gesamtvorgang, so muß auch hier einheitliche juristische Beurteilung Platz greifen. Auch in diesem Fall ist Idealkonkurrenz anzunehmen. Ein solcher einheitlicher Gesamtvorgang liegt vor, wenn objektiv zeitlicher und sachlicher Zusammenhang gegeben ist, subjektiv ein einheitlicher Entschluß und ein einheitlicher Zweck vorliegt. Für die gleichartige Idealkonkurrenz, d. h. wenn eine und dieselbe Handlung dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt, gelten die oben vorgetragenen Sätze in gleicher Weise. Wenn

der Zusammenhang und Zweck des mehrfach durch eine Handlung verletzten Strafgesetzes ergibt, daß das eine Gesetz das andere ausschließt, dann spricht man von Gesetzeskonkurrenz. Nur begrifflich, nicht sachlich sind hier mehrere Strafgesetze verletzt. Das so ausgeschlossene Gesetz scheidet für die Bestrafung völlig aus. Fälle der Gesetzeskonkurrenz sind Spezialität und Subsidiarität; es werden auch noch Konsumtion und Alternativität genannt. Realkonkurrenz liegt vor, wenn durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen begangen sind. Der Gegensatz zur Idealkonkurrenz tritt klar hervor: hier Einheit der Handlung, dort Mehrheit der Handlungen. Trotz Mehrheit der Handlungen kann Einheit des Erfolgs zur Verneinung der Realkonkurrenz im Einzelfalle führen. Wer einen anderen durch mehrere Schüsse tötet, hat sich nur einer Töschuldig gemacht. Gesetzliche Handlungseinheit und Dauerverbrechen sind Beispiele für Einheit des Erfolgs trotz Handlungsmehrheit, sie erschöpfen aber diese Fälle nicht. Im Gegensatz zu der bei der Idealkonkurrenz genannten natürlichen Handlungseinheit steht die juristische Handlungseinheit. Von dieser wird gesprochen, wenn eine Mehrheit im natürlichen Sinne selbständige Handlungen ihrer Gleichartigkeit wegen zu einer Einheit zusammen geschlossen werden. Was der Begriff dieses sog. fortgesetzten Vergehens des näheren in sich schließt, mag hier unerörtert bleiben. Das Kollektivdelikt, nämlich das gewerbs- und gewohnheitsmäßige Verbrechen fällt aus dem Kreis der die Realkonkurrenz ausmachenden Fälle ebenso heraus wie die straflose Vor- und Nachtat. Während bei der Idealkonkurrenz der Grundsatz der Absorption der Strafgesetze gilt, d. h. es kommt dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe androht und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe androht, zur Anwendung, gilt bei der Realkonkurrenz der Grundsatz der sog. Asperation, d. h. die verwirkten Einzelstrafen werden nicht zusammengezählt, sondern es muß eine Gesamtstrafe gebildet werden, welche in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht. Gemeinsam für Ideal- und Realkonkurrenz ist, daß keine absolute Entscheidung dafür erfolgen kann, ob Einheit oder Mehrheit der Verbrechen vorliegt. Die verschieden gelagerten Einzelfälle können eine verschiedene Beurteilung zur Folge haben. Auf dieser Grundlage mögen einige wichtigere Konkurrenzfälle behandelt werden.

1. Pfandkehr im Verhältnis zu Hausfriedensbruch. Wenn die Wegnahme mittels widerrechtlichen Eindringens in ein befriedetes Besitztum eines andern, oder in die Wohnung eines andern erfolgt, so konkurriert die Pfandkehr mit Hausfriedensbruch. Daß Gesetzeskonkurrenz nicht in Frage komme, ist sowohl in Rechtsprechung als Schrifttum anerkannt. Dagegen sind die Meinungen geteilt, ob Ideal- oder Realkonkurrenz gegeben sei. Olshausen [1]) und Ebermayer [2]) vertreten den letzten Standpunkt. Ebermayer mit der Begründung, Idealkonkurrenz sei aus denselben Gründen zu verneinen, aus denen das RG. die Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen Hausfriedensbruch und Körperverletzung abgelehnt habe. Vom gegenteiligen Standpunkt gehen aus Binding[3]) und Harburger[4]), nur Idealkonkurrenz komme in Betracht. Binding allerdings mit der Einschränkung, daß der Hausfriedensbruch durch Einsteigen begangen sei. Auch hier muß auf den Einzelfall abgestellt werden. In der Regel ist § 74 StGB. anzuwenden, da das Eindringen nur Vorbereitungshandlung für die Wegnahme ist. Es sind Fälle möglich, in denen das Eindringen zugleich sich als Ausführungshandlung des folgenden Delikts darstellt. Gerade bei der Pfandkehr kann davon nicht die Rede sein. Eindringen, Verweilen und Wegnehmen können auch nicht zu einem einheitlichen natürlichen Gesamtvorgang verbunden gedacht werden, viel weniger das Einsteigen zum Zwecke der Wegnahme. Das RG. [5]) bemerkt dazu richtig, der Umstand, daß der Hausfriedensbruch zu dem Zwecke begangen werde, nach dem Eindringen oder während des Verweilens eine andere Straftat zu begehen, rechtfertige keineswegs die Annahme von Gesetzeskonkurrenz, es könne sehr wohl Realkonkurrenz vorliegen, Idealkonkurrenz brauche nicht notwendig angenommen werden. Nur wo das Einsteigen zu den gesetzlichen Merkmalen der anderen Straftat gehöre, verschmelze der Hausfriedensbruch mit anderen Straftaten. Dies ist der Fall bei dem Verhältnis des schweren Diebstahls zum Hausfriedensbruch, aber nicht im Verhältnis der Pfandkehr zu diesem Vergehen.

2. Pfandkehr im Verhältnis zur Sachbeschädigung. Idealkonkurrenz zwischen § 289 StGB. und 303 StGB.

[1]) Olshausen § 289, 15 d.
[2]) Ebermayer § 289, 11.
[3]) Binding Lb. 1, 321.
[4]) Harburger 325.
[5]) RGSt. 47, 25.

kommt höchst selten vor. Die Regel bildet reale Konkurrenz. Schon aus dem Grunde, weil auf der einen Seite der Wegnahme des § 289 StGB. die Zerstörung, Beschädigung des § 303 StGB. auf der anderen Seite gegenüber steht. Wegnahme und Zerstörung sind völlig verschiedene Ausführungshandlungen. Wer zerstört, nimmt nicht weg und umgekehrt, wer eine Sache wegnimmt, zerstört sie nicht. Was nach der Wegnahme geschieht, ist als straflose Nachtat zu bewerten. Dagegen ist der Fall möglich, daß mit der Wegnahme zugleich zerstört oder beschädigt wird. Da nur Zerstörung einer fremden Sache strafbar ist, kann dieser Fall nur eintreten, wenn der Eigentümer seine eigene mit der fremden fest verbundenen Sache in einer Weise von dieser trennt, daß diese zerstört oder beschädigt wird. Dann bilden Zerstörung der fremden Sache und Wegnahme der eigenen einen einheitlichen natürlichen Gesamtvorgang. Insofern ist Idealkonkurrenz zwischen Sachbeschädigung und Pfandkehr möglich. Dieselbe Auffassung teilt Olshausen aber nur aus dem Grunde, weil er davon ausgeht: Wer zerstört, nimmt zugleich weg.

3. Verhältnis der Pfandkehr zum Verstrikkungsbruch. Diejenigen, welche der Auffassung sind, die Wegnahme einer gepfändeten Sache durch den Eigentümer sei nicht nur ein Verstoß gegen § 289 StGB., sondern auch gegen § 137 StGB. sind zugleich gezwungen, u. U. wenn auch die übrigen Voraussetzungen des § 289 StGB. erfüllt sind, eine derartige Handlung als mit Verstrickungsbruch ideell konkurrierend zu beurteilen. Aber die durch Pfändung oder Beschlagnahme begründeten Rechte sind nicht durch § 289 StGB. geschützt, die Sondervorschrift des § 137 StGB. greift hier Platz. § 137 StGB. geht als lex specialis dem § 289 StGB. vor. In der Regel stehen einer derartigen Beurteilung, nämlich der Annahme einer Idealkonkurrenz, andere Gründe entgegen. Z. B. kann die Wegnahme der Zubehörstücke eines beschlagnahmten Grundstücks nicht unter § 289 StGB. fallen (anders die Entwürfe), weil Wegnahme ein besitzähnliches Verhältnis auf Seiten des Berechtigten erfordert. Nicht der Berechtigte, sondern der Eigentümer des Grundstücks ist im Besitz der Zubehörstücke. Auch bei der Wegnahme der Zubehörstücke eines unter Zwangsverwaltung gestellten Grundstücks kann nicht davon gesprochen werden, daß sie dem in § 289 StGB. genannten Berechtigten weggenommen seien. Nicht er, sondern der Zwangsverwalter

übt die rechtliche und tatsächliche Herrschaft darüber aus [1]). Aber schon der eine Grund, daß § 137 StGB. als die speziellere Gesetzesvorschrift dem § 289 StGB. vorgeht, erübrigt eine Prüfung dahin, ob die Voraussetzungen des § 289 StGB gegeben seien.

4. Verhältnis der Pfandkehr zur Erpressung. Zwischen Pfandkehr und Erpressung ist Idealkonkurrenz möglich. Diesen Standpunkt nimmt RGSt. 25, 435 in Abweichung von RGSt. 13, 399 ein. Er wird auch geteilt von Olshausen [2]) und von Lenz [3]). Das RG. stützt seine Ansicht in RGSt. 25, 435 darauf, daß § 289 StGB. und §§ 253, 255 StGB. wesentlich von einander abweichen würden, hier sei Besitzrechtsschutz, dort Schutz der Freiheit der Willensbetätigung bezweckt. Ein und dieselbe Handlung könnte zwar beide Tatbestände erfüllen und sie dadurch in Verbindung bringen. Für einen solchen Fall greife aber nur der § 73 StGB. Platz. Auch die Entstehungsgeschichte zieht es zur Begründung heran. § 289 StGB. sei im wesentlichen mit § 271 Pr.StGB. identisch. In den Motiven zu § 271 Pr. StGB. sei die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen der Pfandkehr und der Erpressung ausdrücklich anerkannt. Es sei unrichtig, daß alle Mittel, welche zur Ermöglichung einer Wegnahme i. S. des § 289 StGB. gebraucht werden, von dieser Strafvorschrift umfaßt würden. Diese Wendung ist von E. 13, 399 auch unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte gebraucht; nur ist der entgegengesetzte Schluß daraus gezogen worden, nämlich daß die erschwerenden Tatbestandsmerkmale der Gewalt gegen Sachen oder gegen die Person als Strafzumessungsgründe in Betracht kämen. Binding [4]) erklärt beide Entscheidungen für unrichtig, es käme nur Erpressung in Betracht. An anderer Stelle [5]) behauptet er: der weite Rahmen der Erpressung schließe alle ungewalttätigen Vermögensdelikte ein und die Erpressung absorbiere sie, sobald sie durch deren Mittel und in der Absicht der Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils begangen würde. Wie die Erpressung massenhaft Diebstahl oder Unterschlagung mittels Nötigung sei, ohne daß Diebstahl und Erpressung konkurrieren würden, so könne sie Pfandkehr mittels Nötigung sein und absorbiere diese. Zu anderem Ergebnis gelangt Eckstein [6]): § 289

[1]) Ebermayer 11, 2 zu § 289, Goltd. Arch. 53, 173.
[2]) Olshausen § 289
[3]) Lenz S. 116.
[4]) Binding Lb. I, 321 Anm. 2 u. 3.
[5]) Binding Lb. I, 374 I C.
[6]) GS. 78, 178.

StGB. konsumiere die Erpressung, diese gehe in § 289 StGB. auf. Selbstbeschädigung des Angegriffenen gehöre zum Tatbestand der Erpressung, erfolge die Schädigung direkt durch eine Handlung des Täters, so liege Raub, Bedrohung usw. vor, nie aber Erpressung. Die Nötigung zur Duldung eines anderen Delikts sei nicht Erpressung, nur das Delikt sei anzunehmen, zu dessen Duldung genötigt sei, also Diebstahl, Pfandkehr usw.

Die Entstehungsgeschichte trägt zur Beantwortung der vorliegenden Frage nichts bei. Die beiden angeführten RGE. gelangen zu verschiedenen Ergebnissen, trotzdem sie beide auf die Entstehung des § 289 StGB. zurückgehen. Der Wortlaut des § 289 StGB. gibt die Erwägung an die Hand, daß eine Konkurrenz zwischen Pfandkehr und Erpressung stattfinden müsse. Die Mittel der Nötigung, Gewalt und Drohung sind in § 289 StGB. nicht genannt. Von einer Gesetzeskonkurrenz der beiden Deliktstatbestände kann aber nicht gesprochen werden. Denn sie stimmen auch sonst in wesentlichen Punkten nicht überein. § 289 StGB. trifft nur einen Fall der Vermögensbeschädigung, nämlich die Verletzung eines der dort genannten Besitzrechte, während § 253 StGB. sich ganz allgemein auf die Zufügung jeglichen Vermögensschadens und Erlangung jeglichen Vermögensvorteils bezieht. § 289 StGB. stellt keine mildere Qualifikation der Erpressung dar. Den Täter aus § 289 StGB. leitet die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Die Entziehung des Besitzes einer Sache enthält an sich schon eine Vermögensbeschädigung für den Verletzten und einen Vermögensvorteil für den Täter. Zum Nachweis der Idealkonkurrenz ist erforderlich, daß eine auch nur teilweise Identität der Ausführungshandlungen hier Wegnahme einer Sache bei § 289 StGB. und Duldung der Wegnahme einer Sache bei § 253 StGB. nachgewiesen wird. Was unter Duldung der Wegnahme zu verstehen ist, hängt davon ab, ob die Gewalt des § 253 StGB. die vis absoluta einschließt oder nicht. „Ist die Nötigung des § 253 StGB. ausschließlich eine Veranlassung zu gewolltem Verhalten, bietet die Regelung des Gesetzes, nach welcher auch durch Gewalt genötigt werden kann, der Auslegung besondere Schwierigkeiten. Kann auch ein rein körperliches Verhalten abgenötigt werden, fragt es sich, wie die Worte des Gesetzes zu verstehen sind, nach denen zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen genötigt werden soll. Folgt man der engeren Auffassung der Nötigung, so muß jenes Verhalten einen durch Drohung (nicht durch vis absoluta) veranlaßten uner-

wünschten Entschluß verwirklichen, es ist mithin ein Handeln oder Unterlassen (Dulden gleich Unterlassen i. e. S.) gemeint. Nach der herrschenden Lehre kann überdies dadurch genötigt werden, daß der Handelnde durch Ueberwindung des entgegenstehenden Körperwiderstandes eine Körperbewegung erzwingt oder verhindert. Diese Gewalttat wird er duldet, von einem Handeln, Dulden oder Unterlassen kann nicht gesprochen werden" [1]). Die Lösung der Frage, ob die physische oder psychische Auffassung der Nötigung des § 253 StGB. richtig ist oder nicht, ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung. Wer die Behauptung aufstellt, der Erpressungstatbestand richte sich gegen die Freiheit der Willensentschließung, nicht der Willensbetätigung, wer also die vis absoluta aus § 253 StGB. ausschließt, besagt zugleich, daß Dulden eine Unterart des Unterlassens sei. Dieser Duldensbegriff setzt also eine Entschließung des Genötigten voraus. Danach tritt die Schädigung nicht durch eine Handlung des Täters ein, sondern der Angegriffene schädigt sich selbst. Idealkonkurrenz zwischen Erpressung und Pfandkehr kommt also nur in den von Olshausen [2]) für die Konkurrenz zwischen Raub und Erpressung angeführten Fall in Betracht, nämlich wenn durch eine als eine und dieselbe Handlung sich darstellende Gewaltanwendung der Angegriffene zunächst kraft eigenen Entschlusses zu einer Duldung sich versteht, demnächst aber in völlige Passivität versinkt. In diesem Falle geschieht die Wegnahme teils mit dem Willen, teils ohne den Willen des Angegriffenen; sowohl die Selbstschädigung des § 253 StGB. als auch die Schädigung durch den Täter gemäß § 289 StGB. ist gegeben. Die tatsächliche Feststellung wird dabei Schwierigkeiten bereiten.

Ist in § 253 StGB. auch die vis absoluta mitumfaßt, so ist der rechtliche Unterschied zwischen Dulden der Wegnahme und Wegnahme verwischt. Wer mit Ueberwindung des körperlichen Widerstandes des Angegriffenen seine eigene Sache wegnimmt, beseitigt dessen Entschlußfassung völlig, sein Dulden ist nicht ein Nichtwollen, sondern ein Nichtkönnen, ein Müssen. Nur der andere handelt, nicht er selbst. Nun läßt der größte Teil des Schrifttums, welcher der physischen Auffassung der Nötigung des § 253 StGB. huldigt, auch die psychische Auffassung der Nötigung gelten. Gewalt i. S. des § 253 StGB. ist

[1]) Kollmann in Abh. des Krim.Sem. d. Univ. Berlin Bd. 6 S. 207, 313.
[2]) Olshausen § 253 Anm. 13 c S. 1279.

darnach nicht nur vis absoluta, sondern a u c h vis compulsiva. Es fragt sich daher, wie zu entscheiden ist, wenn im Einzelfalle vis absoluta bei der Wegnahme der eigenen Sache gebraucht ist. Die Ansicht Bindings, daß nur Erpressung in Frage komme, ist abwegig. Nur Idealkonkurrenz zwischen Erpressung und Pfandkehr ist in diesem Fall anzunehmen. Der Einwand, daß dann auch Raub und Erpressung ideell konkurriere, während die herrschende Lehre den Raub der Erpressung vorgehen lasse, ist nicht stichhaltig. Die Konkurrenzfrage zwischen Erpressung und Raub auf der einen Seite und zwischen Erpressung und Pfandkehr auf der anderen Seite ist verschieden zu beurteilen, weil Raub ein gewalttätiges Vergehen ist, während Pfandkehr die Gewalt als Tatbestandsmerkmal nicht aufführt. Bei Anwendung der vis absoluta kann in höherem Maße als bei Gebrauch der vis compulsiva Wegnahme und Duldung der Wegnahme zusammentreffen. Und darauf kommt es für den Nachweis der Idealkonkurrenz an, daß nämlich völlige oder teilweise Identität der Ausführungshandlungen aufgezeigt wird.

Damit sind die Konkurrenzfälle nicht erschöpfend behandelt. „So nützlich es für die Praxis auch sein mag, die Fälle von Idealkonkurrenz zwischen den einzelnen Tatbeständen vorauszubestimmen, so muß man doch von vornherein erkennen, daß sich eine erschöpfende Feststellung der hiebei denkbaren Möglichkeiten nicht geben läßt, selbst wenn man alle bisher vorgekommenen Fälle berücksichtigt. Den tausendfachen Variationen und Kombinationen der Handlungstypen von vornherein gerecht zu werden ist ein Ding der Unmöglichkeit." [1]) Aus diesem Grund wird auch von einer Behandlung der Konkurrenzfälle der Entwürfe Abstand genommen.

§ 11.

Strafantrag und Strafe.

Verfolgung der Pfandkehr tritt nur auf Antrag ein. Der Strafantrag ist keine Voraussetzung der Strafbarkeit, sondern der Strafverfolgung. Die Prozeßvoraussetzungen sind sonst in StPO. geregelt, die allgemeinen Vorschriften über Strafantrag sind aber aus Zweckmäßigkeitsrücksichten im allgemeinen Teil

[1]) Merkel, vergl. Darst. A. T. Bd. 5 S. 295.

des StGB. aufgeführt. (§§ 61 ff. StGB.). Antragsberechtigt ist der Verletzte (§ 61 StGB.). Daher jeder der auf Grund eines der im § 289 StGB. genannten Besitzrechte zum Besitz berechtigt ist. Antragsberechtigt ist auch der Sequester und Konkursverwalter [1]). Auch dem Ehemann ist ein Antragsrecht nicht abzusprechen, sofern die Eheleute im gesetzlichen Güterstande oder in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, in Ansehung des eingebrachten Gutes bezw. Gesamtgutes. Die Nutznießungs- und Verwaltungsbefugnis des Ehemanns bildet dafür die Grundlage (§§ 1363, 1443 BGB.). Dieses Recht des Mannes schmälert aber das Antragsrecht der Ehefrau nicht [2]). Jedenfalls nicht, sofern allgemeine Gütergemeinschaft besteht, da hier das Recht der Ehefrau zum Gesamtgut gehört. Die Ehefrau scheidet als antragsberechtigt aus, wenn z. B. der Ehemann im gesetzlichen Güterstande allein einen Mietvertrag abschließt. Der Vermieter ist antragsberechtigt. Die Eigentumsrechte an der Wohnung bleiben außer Betracht, da der abgeschlossene Mietvertrag das Pfandrecht zur Entstehung bringt [3]). Der Zessionar der Mietsforderung ist nicht antragsberechtigt [4]). Die Antragsfrist beträgt 3 Monate seit Kenntnis von der Handlung und von der Person des Täters (§ 61 Satz 2 StGB.). Der Antrag ist unteilbar, er erstreckt sich auf alle an der Tat Beteiligten, einschl. des Begünstigers. Dieser Grundsatz gilt auch für die relativen Antragsdelikte, wenn mit Rücksicht auf das persönliche Verhältnis zwischen Täter und Verletzten die Strafverfolgung von einem Strafantrag abhängig gemacht wird, hier aber nur hinsichtlich aller in dem persönlichen Verhältnis Stehenden [5]). Wenn zugleich Fremde sich an der Tat mitbeteiligen, ist Strafantrag gegen die Angehörigen nicht erforderlich, sofern die Tat des Fremden als Offizialdelikt zu verfolgen ist. § 289 ist aber kein relatives Antragsdelikt. Es erhebt sich die Frage, ob die vorstehenden Sätze für den Fall des Abs. 5 des § 289 StGB. Geltung haben. Danach ist gewissen Angehörigen des Verletzten S t r a f l o s i g k e i t zugesichert. Für den Fall, daß Fremde sich an der Tat beteiligen, ist Strafantrag deswegen erforderlich, weil § 289 StGB. absolutes Antragsdelikt ist. Der Angehörige, der nur Teilnehmer

---

[1]) RGSt. 23, 344; 33, 433.
[2]) RGSt. 34, 64; 35, 402.
[3]) Rspr. 9, 284.
[4]) RGSt. 11. 81.
[5]) RGSt. 17 246.

ist, ist ebenso straflos wie der Angehörige als Täter. Ist nun der Strafantrag des Verletzten gegen den Angehörigen erforderlich und genügend, um ein Strafverfahren gegen den nicht in einem derartigen Angehörigenverhältnis Stehenden anhängig zu machen? Der Angehörige ist straflos, der Strafantrag kann seine Verfolgung nicht bewirken, der fremde Teilnehmer ist strafbar, aber nur auf Antrag. § 63 StGB. findet nicht unmittelbar, aber entsprechend auf diesen Fall Anwendung. Der Verletzte kann nicht auf einen Beteiligten den Strafantrag beschränken, dies besagt negativ § 63 StGB. Wenn die Antragsbefugnis des Verletzten in dieser Weise eingeschränkt ist, so besteht kein Anlaß, zu Gunsten des Verletzten nach anderer Richtung hin den § 63 StGB. erweiternd auszulegen, nämlich für den Fall, daß Strafantrag gegen den straflosen Angehörigen gestellt ist, diesen zugleich auf den nur auf Strafantrag verfolgbaren fremden Teilnehmer auszudehnen. An sich ist dies nur eine theoretische Frage, in praxi wird eine Anfrage an den Verletzten ergeben, ob der Strafantrag auch gegen den fremden Teilnehmer gerichtet sei. Die Zurücknahme des einmal gestellten Strafantrags ist nicht möglich, da § 289 StGB. dies nicht ausdrücklich vorsieht (§ 64 StGB.). Gegen sämtliche fremde Teilnehmer ist einzuschreiten, wenn nur ein Antrag gegen einen von diesen gestellt ist, insofern findet § 63 StGB. unmittelbare Anwendung.

Die Straftat ist mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 900 Mk. bedroht. Durch die VO. über Vermögensstrafen und Bußen hat der Strafrahmen eine gewisse Aenderung erfahren, das Geldstrafengesetz findet aber nur beschränkt Anwendung. § 27 b StGB. kommt nicht in Betracht. Danach kann bei Vergehen und Uebertretungen, für die an sich eine Geldstrafe überhaupt nicht, oder nur neben Freiheitsstrafe zulässig ist, anstelle der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe erkannt werden. Der Grundgedanke des § 27 b StBG. geht dahin, die Ablösung kurzzeitiger Freiheitsstrafen durch Geldstrafen in begrenztem Umfang zu ermöglichen [1]). § 27 b StGB. schließt also die Straftaten aus, die nur mit Geldstrafe bedroht sind, ferner auch die Fälle, in denen fakultativ Geldstrafe angedroht ist. Da dies bei § 289 StGB. zutrifft, scheidet dafür § 27 b StGB. aus, dagegen ist § 27 a StGB. bedeutungsvoll. Diese Bestimmung erhöht den Strafrahmen der Geldstrafe auf 100 000 RM., sofern Gewinnsucht des Täters festgestellt werden kann. Gewinnsucht ist die Steigerung des berechtigten Erwerbsinnes auf ein

[1]) Olshausen § 27 b, 1.

ungewöhnliches sittlich anstößiges Maß, der Täter muß von einer Gier nach Gewinn beherrscht sein. Der heilige Crispinus hat nicht aus Gewinnsucht den Schustern Leder weggenommen, eben weil er dieses Leder den Armen zuwenden wollte. Er war aber von der Absicht der rechtswidrigen Zueignung dieses Leders geleitet. Der Beweggrund der Gewinnsucht fällt also nicht stets mit der Absicht der Zueignung oder der Absicht der Erlangung eines Vermögensvorteiles zusammen. Der Begriff der Gewinnsucht ist gegenüber der genannten Absicht eingeengt. Zu dieser Auslegung zwingt auch der allgemeine Sprachgebrauch. Die Mindestgeldstrafe beträgt gemäß § 27 StGB. 3 Mk., die Höchststrafe 10 000 Mk., sofern nicht § 27 a StGB. eine Erhöhung gestattet.

Zu Abs. 2 des § 289 StGB., wonach neben der Gefängnisstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, ist § 32 StGB. ergänzungsweise heranzuziehen. Danach hat die verwirkte Strafe mindestens 3 Monate zu dauern. Es handelt sich insofern um eine Nebenstrafe. Bei Versuch, Anstiftung und Beihilfe gelten die Vorschriften der §§ 45, 48 Abs. 2, 49 Abs. 2 StGB.

Der persönliche Strafausschließungsgrund des § 289 Abs. 5 StGB. kehrt im VE. 1909 und GE. 1911 wieder. Die Entwürfe 1913, 1919, 1925 und 1927 sowie der Strafrechtsausschuß haben in diesen Fällen die Strafverfolgung von einem Strafantrag abhängig gemacht. Nach den Entwürfen 1913 und 1919 soll aber der Strafantrag zurücknehmbar sein. Diese Möglichkeit der Rücknahme des Strafantrags ist aber nicht nur gegeben, wenn die Tat von einem Ehegatten gegen den andern oder von einem Verwandten aufsteigender gegen einen Verwandten absteigender Linie begangen ist, die Angehörigen im allgemeinen sind davon betroffen. Die übrigen späteren Entwürfe mit Ausnahme des E. der D. Oe. Strafrechtskonferenz 1927 unterscheiden nicht zwischen der von Angehörigen und der von Fremden begangenen Tat. Es heißt dort: Die Tat wird auf Verlangen des Verletzten verfolgt. Der E. der D.Oe. Strafrechtskonferenz 1927 sieht Straflosigkeit für den Fall vor, daß der Täter die Tat an Sachen geringen Werts gegen einen Angehörigen begangen hat, mit dem er in häuslicher Gemeinschaft lebt. Der Gedanke, daß gewisse Angehörige entweder straffrei oder zwar auf Antrag strafbar seien, der Strafantrag zurücknehmbar sei, m. a. W. die unterschiedliche rechtliche Behandlung der von Angehörigen oder von Fremden begangenen Tat beruht darauf, daß der Ge-

setzgeber den Familienfrieden hat wahren wollen, daß nach seiner Absicht diese Konflikte innerhalb der Familie nicht vor das forum der Oeffentlichkeit gezerrt werden sollen. Die Störung des Familienfriedens tritt aber schon ein durch die Ausführung der Straftat selbst, nicht erst durch die Strafverfolgung. Gerade weil dem Verletzten anheim gegeben ist, den Konflikt mit oder ohne Hilfe des Gerichts zu lösen, ist dem obigen Umstand schon Rechnung getragen. Die Entwürfe 1925 und 1927 haben daher die allgemeine Bestimmung getroffen, daß die Tat nur auf Verlangen des Verletzten zu verfolgen sei. Wenn die Rücknahme des Strafantrags im Gegensatz zu den Entwürfen 1913 und 1919 danach nicht mehr zulässig ist, so ist doch die Ausscheidung der von der D.Oe. Strafrechtskonferenz 1927 genannten Fälle aus dem Kreis der auf Antrag strafbaren Fälle gerechtfertigt. Schon das geltende Recht hat mit wenigen Unterschieden eine ähnliche Regelung in § 247 Abs. 1 StGB. getroffen. Die Strafrechtsausschüsse haben bestimmt, daß in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen sei. Dem Richter im engen Rahmen die Möglichkeit zu geben, von einer Strafe ganz abzusehen, ist bedenklich. Nicht nur bei der Urteilsbegründung, sondern auch sonst z. B. bei der Frage, wie der § 153 StBO. damit in Einklang zu bringen sei, ergeben sich Schwierigkeiten. Die von der Strafrechtskonferenz getroffene Lösung dieser Frage ist daher der von den übrigen Entwürfen in dieser Hinsicht getroffenen Regelung vorzuziehen. Wenn seit dem E. 1925 die Tat im allgemeinen nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt werden soll, dann ist damit nichts anderes gemeint, als was § 289 StGB. mit den Worten zum Ausdruck gebracht hat: Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Ob die in den §§ 61 ff. StGB. getroffenen allgemeinen Bestimmungen über den Strafantrag in der künftigen StPO., wo sie untergebracht werden sollen, dieselben sein werden, läßt sich nicht absehen. Jedenfalls ist die unpraktische und Streitfragen auslösende Vorschrift des § 289 Abs. 5 StGB. beseitigt.

Die Zwangsvollstreckungsvereitelung des § 288 StGB. ist mit Gefängnisstrafe bis zu 2 Jahren bedroht. Die Höchststrafe der Pfandkehr mit 3 Jahren Gefängnis übersteigt also die der Zwangsvollstreckungsvereitelung. Wenn die Entwürfe seit 1913 durchweg Gefängnis bis zu 2 Jahren für Rechtsvereitelung androhen, so ist dies gerechtfertigt, schon weil seither höhere Gefängnisstrafen nicht ausgesprochen worden sind. Die Diebstahlsstrafe ist als Vergleich nicht heranzuziehen, eben weil die

Pfandkehr keine Abart des Diebstahls darstellt. Der VE. 1909 läßt sogar neben Gefängnisstrafen fakultativ Haft bis zu 2 Jahren zu, während der E. 1911 über das Ziel hinausschießt und Gefängnisstrafe überhaupt (also Gefängnisstrafe bis zu 5 Jahren) vorsieht. Gegenüber dem geltenden Recht ist im E. 1927 das Anwendungsgebiet der Gefängnisstrafe teils erweitert teils eingeschränkt[1]). Erweitert insofern, als eine Reihe Uebertretungen zu Vergehen erhoben sind. Eine Einschränkung ergibt sich aber daraus, daß Einschließung an Stelle der Gefängnisstrafe tritt, wenn der Täter ausschließlich aus beachtenswerten Gründen gehandelt hat. (E. 27 § 72). Dem Zuge der Entwicklung entsprechend sind verschiedene Maßnahmen getroffen, um die kurzzeitige Freiheitsstrafe zu vermindern: so die Festsetzung einer Mindestdauer der Gefängnisstrafe auf 1 Woche (§ 35 Abs. 2, E. 27), die Zulassung des Absehens von Strafe, insbesondere die Ausdehnung der Geldstrafe. Im E. 27 sind im wesentlichen die geltenden Vorschriften über die Geldstrafe übernommen. Die Höchst- und Mindestsätze sind dieselben, eine Ueberschreitung des Höchstmaßes ist bei gewinnsüchtiger Tat zugelassen (§ 38 E. 27). Auch die Vorschrift des § 27 c Abs. 2 und 3 findet sich in kaum geänderter Fassung wieder. Danach ist die Geldstrafe so zu bemessen, daß sie das für die Tat gewährte Entgelt und den aus der Tat gezogenen Nutzen übersteigt. Eine Ueberschreitung des gesetzlichen Höchstmaßes ist zulässig, sofern es hierzu nicht ausreicht. Nach geltendem Recht sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters bei Bemessung der Geldstrafe zu berücksichtigen. Der E. 1927 führt in § 70 als Maßstab der Bemessung der Geldstrafe nicht ausdrücklich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters auf, aber der Zusammenhang mit dem unmittelbar vorausgehenden § 69 ergibt, daß auch dieser Faktor bei der Bemessung der Geldstrafe ins Gewicht fällt.

Der E. 1927 hat im 8. Abschn., der über Maßregeln der Besserung und Sicherung handelt, einen 7. Abschnitt vorangestellt, in dem Ehrenstrafen und Ehrenfolgen genannt sind. Diese Abschnitte sind also im Gegensatz zu E. 13 und E. 19 getrennt. Damit ist zugleich in schärferer Weise zum Ausdruck gebracht, daß es sich bei den im 7. Abschnitt aufgeführten möglichen Maßnahmen weniger um solche der Sicherung und Besserung handelt als um Nebenstrafen. Verlust der Amtsfähigkeit, Verlust

[1]) Begründung zu E. 1927 § 34 S. 33.

des Wahl- und Stimmrechts, Bekanntmachung der Verurteilung, Einziehung sind in diesem Abschnitt zusammengeschlossen. Hier interessieren nur die beiden erstgenannten Nebenstrafen. Ganz allgemein schreibt § 47 E. 27 vor, wenn wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens auf Gefängnisstrafe erkannt werde, so könne das Gericht den Verurteilten auf die Dauer von 1—5 Jahren für unfähig erklären, öffentliche Aemter zu bekleiden. § 48 bestimmt, daß er damit seine seitherigen Aemter ohne weiteres verliere. Bei Verurteilung wegen Rechtsvereitelung kann neben Verlust der Amtsfähigkeit auch noch der des Wahl- und Stimmrechts ausgesprochen werden. Dafür ist § 49 Abs. 3 E. 27 maßgebend. Nur neben Gefängnisstrafe von 1 Jahr soll dieser Ausspruch erfolgen. Diese Folgen bilden einen Ausschnitt aus dem Kreis der Wirkungen, die seither an den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte geknüpft worden sind. Wenn der E. 1927 die Nebenstrafe des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte beseitigt hat, so ist dies darauf zurückzuführen, daß dem Vorbestraften nicht unnötig Hindernisse in den Weg gelegt werden sollen. Nach der Absicht des Entwurfes soll dem Verurteilten die Möglichkeit eröffnet werden, nach Verbüßung seiner Strafe sich in die bürgerliche Gesellschaft wieder einzugliedern.

Texte zur Rechtsvergleichung.

1. Vorentwurf 1909.

§ 294: „Wer absichtlich demjenigen, welchem an einer beweglichen Sache ein Nießbrauchsrecht, Pfandrecht, Gebrauchsrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, durch Wegnahme oder Zerstörung der Sache die Ausübung des Rechtes vereitelt, wird mit Gefängnis oder Haft bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 3000 Mk. bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Wer die Handlung gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos."

2. Gegenentwurf 1911.

§ 307: „Wer die Ausübung eines an seiner Sache bestehenden Nießbrauchs-, Nutzungsnießungs- oder Pfandrechts oder eines in Ansehung seiner Sache bestehenden Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts durch Wegnahme oder Zerstörung der Sache vereitelt, oder wer eine solche Handlung zu Gunsten des Eigentümers begeht, wird mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bis zu 10 000 Mk. bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Wer die Handlung gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos."

3. Kommissionsentwurf 1913.

§ 376: „Wer seine eigene Sache ganz oder zum Teil zerstört oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechtes auf Befriedigung aus der Sache oder eines Nießbrauchs-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer die Handlung mit Einwilligung oder zu Gunsten des Eigentümers vornimmt.

Der Versuch ist strafbar.

Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Ist sie gegen einen Angehörigen begangen, so kann der Antrag zurückgenommen werden."

4. Entwurf 1919.

§ 386: „Wer seine eigene Sache ganz oder zum Teil zerstört oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechtes auf Befriedigung aus der Sache oder eines Nießbrauchs-, Nutzungsnießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Ebenso wird bestraft, wer die Handlung mit Einwilligung oder zu Gunsten des Eigentümers vornimmt.

Der Versuch ist strafbar.

Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Ist sie gegen einen Angehörigen begangen, so kann der Antrag zurückgenommen werden. Die Vorschriften der Abs. 1—3 sind nicht anwendbar, wenn ein Mieter oder Pächter eine in die Mieträume oder das Pachtgrundstück eingebrachte, der Pfändung nicht unterworfene Sache, an welchem dem Vermieter oder Verpächter ein vertragsmäßiges Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, dem Vermieter oder Verpächter wegnimmt."

5. Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches 1925.

§ 320: „Wer seine eigene Sache ganz oder zum Teil zerstört oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechtes auf Befriedigung aus der Sache oder eines Nießbrauchs-, Nutzungsnießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer die Handlung mit Einwilligung oder zu Gunsten des Eigentümers vornimmt.

Der Versuch ist strafbar.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt.

Reichstagsvorlage Entwurf 1927.	Strafrechts-ausschuß 1. Les.
§ 354: Wer seine eigene Sache zerstört, beschädigt oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung des Rechts auf Befriedigung aus der Sache oder eines Nießbrauchs-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts ganz oder zum Teil vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.	
Ebenso wird bestraft, wer wissentlich bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung Bestandteile seines Vermögens zerstört, beschädigt, veräußert oder sonst beiseite schafft und dadurch die Befriedigung des Gläubigers ganz oder zum Teil vereitelt.	
Die Vorschriften der Absätze 1, 2 gelten entsprechend für den, der die Handlung mit Einwilligung oder zu Gunsten des Eigentümers oder des Schuldners vornimmt.	Ebenso wie neben.
Der Versuch ist strafbar. Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt.	Dazu Abs. 6 § 335 Abs. 2 gilt entsprech. (In besond. leichter Fällen kann das Gericht von Strafe absehen).

Deutsch-österreichische Strafrechtskonferenz.

§ 354: Wer seine eigene Sache zerstört, beschädigt oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung des Rechts auf Befriedigung aus der Sache oder eines Fruchtgenuß-, Gebrauchs-, Wohnung- oder Zurückbehaltungsrechts ganz oder zum Teil vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Die Vorschrift des Absatz 1 gilt entsprechend für den, der die Handlung mit Einwilligung oder zu Gunsten des Eigentümers vornimmt.

Der Versuch ist strafbar.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt.

Wer die Tat an Sachen geringen Werts gegen einen Angehörigen begeht, mit dem er in häuslicher Gemeinschaft lebt, ist straffrei.

Literatur-Verzeichnis.

I. Lehrbücher, Kommentare, Abhandlungen.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, B.T. Bd. 1, 2. Aufl., 1902; Bd. 2, 2. Aufl. 1905.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung, Bd. 1, 3. Aufl. 1916, Bd. 2, 2. Aufl. 1916, Bd. 3, 2. Aufl. 1918.

Behrend: Lex Salica 1889.

Brunner: In Bindings Systematisches Handbuch der Rechtswissenschaft, 2. Abt. 1. Teil, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1928.

Ehrenberg: Handbuch des Handelsrechts, 4. Bd. 1. Abt. 1917.

Ebermayer: Das RStGB. mit besonderer Berücksichtigung des RG., 4. Aufl. 1929.

Frank: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931.

Gerland: Deutsches Reichsstrafr. 1922 in Grundr. der Rechtswissensch. Bd. 16.

Hälschner: Das Gemeine deutsche Strafrecht, 2. Bd. 1884.

Harburger: Strafbarer Eigennutz, in vergl. Darst. des deutschen und ausländischen Strafrechts, B.T. Bd. 6, 1907.

Hippel: Deutsches Strafrecht, 1. Bd. 1925, 2. Bd. 1930.

Hippel: Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903.

Kollmann: Die Lehre von der Erpressung nach deutschem Recht, in Abhandl. d. Krim.Sem. der Universität Berlin, Bd. 6.

Köstlin: Abhandlung aus dem Strafrecht, 1858.

Lenz, Strafrechtlicher Schutz des Pfandrechts, 1893.

Lobe: Der Einfluß des BGB. auf das Strafrecht, 1898.

Löning: Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876.

Maschke: Das Eigentum in Zivil- und Strafrecht, 1895.

Merkel: In Holtzendorff's Handb. des Strafrechts, Bd. III, 1874.

Micelli: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht, strafr. Abh. Heft 72.

Mommsen: Römisches Strafrecht in Binding's Handb. d. deutschen Rechtswissenschaften, 1. Abt. 4. T.

Olshausen: Komm. zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 2. Bd. 1927.

Oppenhoff-Delius: Das StGB. für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1901.

Planck: Kommentar f. d. bürgerl. Gesetzbuch, 4. Aufl. 1914.

Sickel: Die Bestrafung des Vertragsbruchs und andere analoge Rechtsverletzungen. 1876.

Sohm: Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. 1923.

Stein-Jonas: Kommentar der ZPO.

Staudinger: Kommentar z. bürgerl. Gesetzbuch. Bd. 3, 2, Sachenrecht, 9. Aufl. 1926.

Weiske: Rechtslexikon, Bd. III, 1844.

II. Dissertationen:

Andresen: Die Rechtsvereitelung nach dem Entwurf 1925. Leipzig 1927.

Bachem: Der Unterschied zwischen dem furtum des röm. Rechts und dem Diebstahl nach dem deutschen RStGB. Köln, 1880.

Bintz: Vergehen gegen § 288 StGB., dargestellt in Vergl. m. d. Vergehen gegen §§ 289, 263, 137 RStGB., Hamburg 1895.

Burger: Die Rechtsvereitelung nach § 386 E. 1919, vergl. mit geltend. Recht, Erlangen 1922.

Damerow: Das furtum possessionis im röm. und heut. Recht, Bromberg 1912.

Dormans: Zur Abgrenzung des Tatbestandes der Erpressung, Greifswald 1918.

Edler: Der 31. Abschn. (Rechtsvereitelung) des amtl. Entw. eines allgem. d. St.GB. 1925.

Ehrenhard: Einfluß des BGB. auf die Verbr.Begriffe, Diebstahl, Unterschlagung und Besitzentziehung, Ingolstadt 1902.

Giegold: Die Rechtsvereitelung nach § 354 des E. 1927 zu einem deutschen StGB. vergl. mit dem gelt. Recht, Erlangen 1928.

Heidner: Das Vergehen der Rechtsvereitelung nach § 386 des E. 1919, vergl. mit geltendem Recht, Erlangen 1924.

Hinkel: Die Pfandkehr Vergehen nach § 289 RStGB., Leipzig 1912.

Hückel: Ueber die Dreiteilung des furtum, Tübingen 1886.

Ißmer: Die Pfandkehr mit Berücksichtigung des VE., Breslau 1921.

Schiffers: Die Pfandkehr nach § 289 StGB. unter Berücksichtigung des Entw.Mat. zu einem deutschen StGB., Würzburg 1923.

Seer: Die Pfandkehr im geltenden Recht und dem VE., Leipzig 1910.

Siebert: Der strafrechtl. Besitzbegriff, Breslau 1908.

Stein: Die Einwirkung des neuen bürgerl. Rechts auf das Anwendungsgebiet des § 289 StGB. Erlangen 1902.

III. Zeitschriften, Entscheidungssammlungen.

Archiv f. Strafrecht und Strafprozeß, begr. von Goltdammer, fortgesetzt von Klee.

Gerichtssaal, Zeitschr. f. Zivil, Militär, Strafr. und Strafproz.R., herausgegeb. v. Dr. Finger, Dr. Schötensack und Dr. Nagler.

Entscheidungen des RG. in Strafs.

Entscheidungen des RG. in Zivilsachen.

Rechtsprechung des RG.

Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft. Herausgegeben von Dr. Kohlrausch und Gleispach.

IV. Materialien und Entwürfe.

Motive z. Entw. eines Strafges. Für den Nordd. Bd. 1869.

VE. zu einem deutschen Strafgesetzb., bearb. v. d. hiezu bestellten Sachverständigenkomm. Veröffentlicht auf Anordn. d. RJA. 1910.

Gutachtl. Aeußerung zum VE. 1909.

Gegenentw. z. VE. eines D. StGB. aufgestellt von K. Liliental u. a. 1911, 1. T. Text, 2. T. Begründung.

Protokolle der Strafrechtskommission, 1. Ls. Sitzung 1—207, 2. Lesung, Sitzung 208.

Entwürfe zu einem deutschen StGB., veröffentlicht auf Anordnung des RJA. 1920, 1. T. Entw. der Strafrechtskomm. 1913, 2. T. E. 1919, 3. T. Denkschr. z. E. 1919.

Amtlicher Entwurf eines A. D. StGB. nebst Begründung, veröffentl. auf Anordnung des RJA. 1. T. Text, 2. T. Begründung, 1925.

Entwurf eines A. E. StGB. nebst Begründung 1927 (Reichstagsvorlage).

Zusammenstellung der Entwürfe eines allgemeinen Deutschen StGB. (1925) mit den Beschlüssen des Strafrechtsausschusses, 1. Lesung und den Ergebnissen der deutsch-österreich. parl. Strafr.Komm.

Aschrott-Liszt: Reform des Strafrechts, krit. Bespr. des VE. zu einem StGB. f. d. Deutsche Reich 1910.

Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts, krit. Bespr. d. AE. eines A. D. StGB. 1926.

Gleispach: Berichte und Abänderungsvorschläge bei der 1. Tg. der österreichischen krim. Vereinigung vom 13.—15. 10. 1921, erstattet im Auftr. des Vorstandes der Oe. KV. 1921.

V. Abkürzungen:

Abkürzungsverz. der Rechtssprache, herausgegeb. von Maas-Magnus 1929.

Lebenslauf.

Am 1. September 1903 wurde ich, Eberhard, Ulrich Krämer, als Sohn des Gustav Krämer, jetzt Postrat i. R., in Stuttgart geboren. Meine Jugend verbrachte ich in Kirchheim u. T. Dort besuchte ich das Realprogymnasium. Im Frühjahr 1914 — nach Versetzung meines Vaters nach Tübingen — trat ich in das Gymnasium Tübingen über, das ich im Frühjahr 1921 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte an der Universität Tübingen bis zum Herbst 1925 Rechts- und Staatswissenschaften. Mein Studium beschloß ich mit Ablegung der 1. Höheren Justizdienstprüfung. Den sich daran anschließenden praktischen Vorbereitungsdienst erledigte ich an Tübinger und Stuttgarter Gerichten. Im Frühjahr 1929 bestand ich die 2. Höhere Justizdienstprüfung. In der Folge — vom Sommer 1929 bis Frühjahr 1931 — war ich an verschiedenen Gerichten als stellvertretender Richter tätig.